Zur Lehre

von den

ästimatorischen Rückgabeverträgen

im römischen Recht.

Inaugural-Dissertation,

der hohen

juristischen Fakultät zu Tübingen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Alfred Neuschler,
Justizreferendär in Stuttgart.

Stuttgart.
Druck der Hoffmannschen Buchdruckerei.
1899.

Zur Lehre

von den

ästimatorischen Rückgabeverträgen

im römischen Recht.

Inaugural-Dissertation,

der hohen

juristischen Fakultät zu Tübingen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Alfred Neuschler,
Justizreferendär in Stuttgart.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Stuttgart.
Druck der Hoffmannschen Buchdruckerei.
1899.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Gegenstand, Quellen und Litteratur	1
§ 2.	Die aestimatio. Allgemeines	7
§ 3.	Die lediglich beurkundende aestimatio	18
§ 4.	Die aestimatio als Festsetzung einer etwaigen Ersatzleistung (surrogierende aestimatio)	36
§ 5.	Die substituierende oder umsatzvermittelnde aestimatio . .	53
§ 6.	Verbindung mehrerer Ästimationsarten, insbesondere die aestimatio als Vereinbarung einer Alternativobligation . .	78
§ 7.	Die Klage aus ästimatorischen Verträgen. Anfechtung der aestimatio	103
§ 8.	Aufstellung von Auslegungsregeln für Ästimationsverträge mit zweifelhaftem Parteiwillen. Ergebnisse	108

§ 1.

Gegenstand, Quellen und Litteratur.

I. In einer Reihe von Corpus-Juris-Stellen, die vom Abschluss eines Vertrages auf Rückgabe handeln, finden wir den einfachen, den Rückgabeverträgen typischen, Thatbestand der Sachhingabe dahin erweitert, dass der Vertragsgegenstand ästimiert hingegeben wird: res aestimata datur commodato, doti etc.

Eine Untersuchung, die die aestimatio als Begleiterscheinung der römischen Rückgabeverträge zum Gegenstand nimmt, wird sich zunächst damit beschäftigen müssen, was das bekanntlich vieldeutige Wort aestimare in den hier einschlägigen Quellenstellen des näheren bedeutet und was diese Stellen über den Hergang der Aestimierung im einzelnen, ihre Subjekte und ihre Form, aussagen oder schliessen lassen.

Die zweite Frage wird die sein: hat die aestimatio des Gegenstandes eines Rückgabevertrags immer denselben Sinn und Zweck oder lassen sich in dieser Beziehung verschiedene Arten von aestimatio unterscheiden? Trifft letzteres zu, so muss bei jeder einzelnen von aestimatio handelnden Stelle untersucht werden, welcher Fall von aestimatio vorliegt.

Wiederholt wird im Corpus Juris die aestimatio mit der Frage in Zusammenhang gebracht, wer die Gefahr der

hingegebenen Sache trage, und die l. 1 D. de aestimatoria 19, 3 sagt geradezu: aestimatio facit periculum[1]), das heisst: die Aestimation schafft, bewirkt, dass künftig jemand die Gefahr trägt, der sie seither nicht trug oder der sie ohne Aestimation nicht trüge, m. a. W.: die Aestimation überträgt die Gefahr. Als weitere Aufgabe ergiebt sich also eine Untersuchung darüber, ob und in welchem Sinn das römische Recht die Regel enthält, dass die Aestimation die Gefahr überträgt.

Endlich ist im Hinblick auf Quellenaussprüche wie: aestimatio venditio est (l. 10 § 5 D. de jure dotium 23, 3) und ähnliche eine Erörterung von Konstruktionsfragen nötig, um das systematische Verhältnis der aestimatio zu dem Rückgabevertrag, dem sie beigefügt ist, zu bestimmen.

II. Die Quellen, aus denen die vorliegende Untersuchung schöpfen kann, sind leider spärlich. Der Wortlaut von römischen Rückgabeverträgen mit aestimatio ist uns, soviel wir sehen, weder durch erhaltene Originalvertragsurkunden, noch durch Citate römischer Schriftsteller überliefert. Wir sind vielmehr ausschliesslich angewiesen auf die betreffenden Corpus Juris-Stellen, die aber, wie sich später näher zeigen wird, die Fassung der von ihnen erwähnten, mit aestimatio verbundenen Rückgabeverträge nie im einzelnen wiedergeben, sondern höchstens kurz andeuten, meist aber ganz übergehen. Es sind folgende Stellen[2]):

---

[1]) Der Satz lautet vollständig: aestimatio facit periculum eius qui suscepit. Dass hier zu ergänzen ist: rem vendendam — und nicht: periculum, wie z. B. Sell, Bedingte Tradition § 4, behauptet, bedarf keines Beweises. Mit Sells Ergänzung könnte der Satz, um nicht inhaltslos zu sein, nur sagen wollen, dass wie beim Kauf im Augenblick der emptio perfecta, so beim vendendum dare sofort mit der aestimatio, nicht erst mit der Tradition die Gefahr übergehe; davon kann aber keine Rede sein, da der sog. contractus aestimatorius zu Ulpians und zu Justinians Zeit zweifellos ein Realkontrakt gewesen ist.

[2]) Alle Citate nach der Mommsenschen Corpus Juris-Ausgabe.

1) l. 5 § 3 D. commodati 13, 6 und l. 7 § 5 D. de donationibus i. v. e. u. 24, 1 (Leihe);

2) l. 52 § 3 D. pro socio 17, 2 (Gesellschaftsvertrag);

3) l. 3 und l. 54 § 2 D. locati 19, 2 und Nov. 64 (Pacht);

4) l. 1 D de aestimatoria 19, 3 und l. 17 § 1 D. de praescriptis verbis 19, 5 (vendendum dare);

5) l. 52 pr. D. de donat. i. v. e. u. 24, 1 (Hinterlegung);

6) l. 8. D. de praescr. verb. 19, 5 und l. 13 D. de quaestionibus 48, 18 — dazu ferner Paul. Sent. V, 16 § 3 — (Hingabe eines Sklaven zu peinlichem Verhör);

7) l. 8 C. si certum petatur 4, 2 (Darlehen);

8) alle übrigen Stellen — rund 50 — handeln von der Dosbestellung:

l. 3 § 1 D. de Publiciana 6, 2;

l. 9 § 3 D. qui potiores 20, 4;

l. 10 D. de jure dotium 23, 3; l. 12 pr. § 1, l. 14, l. 16, l. 17 § 1, l. 18, l. 52, l. 69 § 7. 8, l. 75 eodem;

l. 12 § 3. 4 D. de pactis dotalibus 23, 4, l. 29 pr., l. 32 pr. eodem;

l. 11 D. de fundo dotali 23, 5;

l. 7 § 5 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1, l. 53 § 1 eodem;

l. 49 § 1 D. soluto matrimonio 24, 3, l. 50, l. 51, l. 66 § 3 eodem;

l. 5 pr. D. de impensis 25, 1;

l. 48 pr. D. de legatis II (31);

l. 78 § 6 D. de legatis III (32);

l. 1 § 6 D. de dote praeleg. 33, 4, l. 2 § 1, l. 9, l. 12 eodem;

l. 2 D. pro dote 41, 9;

l. 11 C. de pactis 2, 3 (= l. 1 C. sine censu 4, 47);

l. 6 C. de usufr. et habitatione 3, 33;

l. 1 C. sine censu 4, 47;

l. 5 C. de jure dotium 5, 12, l. 10, l. 21, l. 30 pr. l. 31 § 6. 7 eodem;

l. 1 § 9, § 15 C. de rei uxoriae actione 5, 13;

l. 1 C. soluto matrimonio 5, 18, l. 6 pr. — § 2 eodem; l. 1 und 2 C. de fundo dotali 5, 23.

Dazu kommen dann noch drei Stellen, in denen die Hingabe ästimierter Sachen allerdings nicht auf Grund eines Rückgabevertrags erfolgt, aber doch aus einem Rechtsgrund, der den Empfänger zur künftigen Rückgabe verpflichtet: nämlich zwecks Bestellung eines — durch Gesetz oder durch Legat angeordneten — Niessbrauchs:

§ 2 Inst. de usufr. 2, 4; l. 7 D. de usfr. ear. rer. 7, 5; l. 6 § 5 C. de sec. nupt. 5, 9.

Dass die Basiliken die Erklärung der soeben aufgezählten Stellen wenig zu fördern geeignet sind, wird sich unten im einzelnen zeigen.

III. Die Litteratur unsres Gegenstandes ist nicht klein. In den zu allen Zeiten zahlreichen Schriften über die römische Perikulumslehre sind auch die über aestimatio und periculum handelnden Stellen des Corpus Juris viel interpretiert und kommentiert worden, aber man wird sagen müssen, ohne entsprechendes Ergebnis; wenn Mommsen[3]) von den älteren Schriften über periculum gesagt hat, sie seien »im allgemeinen schon deshalb unbrauchbar, weil sie von durchaus unrichtigen Grundsätzen ausgehen«, so wird dieses Urteil bei dem engen Zusammenhang zwischen aestimatio und periculum auch auf die ältere Litteratur der aestimatio einigermassen zutreffen. Ihr Hauptfehler ist wohl, dass sie oft kritiklos den Inhalt einer Stelle zur Erklärung einer andern verwenden will, ohne die Frage der Gleichartigkeit beider Fälle geprüft zu haben. Infolge dessen war kein Anlass gegeben, auf die ältere Litteratur, von Cujacius und Donellus abgesehen, näher einzugehen.

Erst die Litteratur des 19. Jahrhunderts[4]) hat eine

[3]) Friedr. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, 1. Abschnitt der „Beiträge zum Obligationenrecht", Braunschweig 1853, Vorwort S. IX.

[4]) Von Zeitschriften ist benützt (oder richtiger durchsucht) worden: Z.Sch. f. gesch. Rechtswiss. hgg v. Savigny etc., 15 Bde 1815—1850. —

systematische Bearbeitung der aestimatio geliefert; sie ist enthalten in Chambons Untersuchung über den Trödelvertrag (Eduard Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Bd., Jena 1851 S. 1—110). Seitdem ist die aestimatio von Brinz in dessen Kritik des Chambon'schen Buchs (Alois Brinz, Kritische Blätter Nr. 1, S. 1 ff. 1852), von Bechmann (»Der Kauf nach gemeinem Recht«, 1. Teil, Erlangen 1876, 2. Teil, 1. Abt. 1884) unter dem Gesichtspunkt einer »Analogie des Kaufvertrags« (a. a. O. 2. Teil, § 261, S. 560—566), von Fr. Mommsen (a. a. O. S. 276 bis 283) als Grund zu einer Ausnahme von der gewöhnlichen Gefahrverteilung weiter behandelt worden. Dann hat Wendt (in dem Aufsatz »Rechtssatz und Dogma« in Iherings Jahrb. f. Dogm., Bd. 22, S. 377—397 und in seinem Lehrbuch der Pandekten, S. 598 f.) den ganz allgemeinen Charakter der aestimatio als einer Obligationsmodifikation hervorgehoben und zuerst mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die Entscheidungen, die das Corpus Juris in Bezug auf ästimatorische Verträge bietet, nicht ohne weiteres als Rechtssätze angesehen werden dürfen, sondern vielfach den Charakter von Auslegungsregeln haben. — Kürzere Erörterungen über ästimatorische Verträge und über einzelne einschlägige Quellenstellen

---

Archiv f. civ. Praxis, Bd 1—88. — Rhein. Museum f. Jurispr., 7 Bde 1827—1835. — Z.Sch. f. Civ. R. u. Proc. v. Linde, 1845 ff. — Jahrb. f. hist. u. dogm. Bearb. des röm. Rechts v. Sell, 3 Bde 1841—46. — Archiv f. prakt. Rechtswiss., 1. Folge Bd 1—10, 2. Folge Bd 1—10, 3. Folge Bd 1—7 (1853 ff.). — Jahrb. f. d. Dogmatik des heut. röm. Rs. v. Ihering, Bd 1—38 (1857 ff.). — Jahrb. des gem. D. Rechts v. Bekker u. Muther, 6 Bde 1857—63. — Z.Sch. f. Rsgesch. v. Rudorff, 13 Bde 1861—78. — Krit. Jahrb. f. d. Rswissensch. v. Richter, 12 Bde 1837—1848. — Krit. Ueberschau der D. Rswissnsch. u. Gesetzgbg., 6 Bde 1853—59. — Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgbg. u. Rswissnsch. — Ausserdem von württembergischen Zeitschriften: Württ. Arch. f. R. u. Rsverwaltg v. Kübel u. Sarwey, Bd 1—23. — Boscher, Z.Sch. f. freiwill. Gerichtsbkt, Bd 1—39. — Jahrbücher der württ. Rechtspflege, Band 1—8.

weist von der monographischen Litteratur unseres Jahrhunderts insbesondere diejenige der Rückgabeverträge auf, und innerhalb dieser stehen wieder in erster Reihe die Schriften über Dotalrecht (wie bei der grossen Zahl von Quellenstellen über dos aestimata natürlich ist) und über den Pachtvertrag, der heute wohl das häufigste Beispiel eines Rückgabevertrags mit aestimatio ist[5]). — Unsre Pandektenlehr- und -Handbücher[6]) erwähnen die aestimatio meist nicht als eine Erscheinung von allgemeinerer Bedeutung, sondern nur gelegentlich einzelner Quellenstellen. Ausnahmen bilden die Lehrbücher von Wendt und insbesondere von Sintenis.

Ganz auffallend gering ist die Ausbeute, die die Rechtsprechung[7]) bezüglich der aestimatio bietet: abgesehen von den Entscheidungen[8]) über den handelsrechtlichen Kommissionsvertrag mit Preislimito und Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs (Art. 376 des alten, § 400 des neuen D. HGBs.) haben wir im ganzen nur zwei hierher einschlagende Urteile ausfindig machen können: eine Entscheidung des Reichsgerichts, VI. Civ.-Sen., v. 29. Okt. 1896 (Entsch. Bd. 38 S. 66—73) und eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart, II. Civ.-Sen., v. 10. Okt. 1879 (im Württ. Arch. f. R. u. Rsverw., Bd. 21, Nr. 14, S. 255 ff.).

---

[5]) Letztere Schriften tragen aber nach Sintenis, Band. II, § 118 Anm. 15, sub 5, vielfach partikuläres Gewohnheitsrecht deutschen Ursprungs vor.

[6]) Benützt wurden die Pandektenlehr- und Handbücher von L. Arndts, 8. Aufl. 1874; A. Brinz, 2. Aufl. 1873 ff.; H. Dernburg, 2. Aufl. 1888/89; G. F. Puchta, 11. Aufl. 1872; C. F. Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht, 2. Aufl. 1860 ff. u. 3. Aufl. 1869; C. G. Wächter 1880/81; O. Wendt 1888; B. Windscheid, 7. Aufl. 1891.

[7]) Benützt wurden: Seufferts Archiv f. Entsch. etc., Bd 1—50; Entsch. des ROHGs., 25 Bände; Entsch. des RGs in Civ.Sachen, Bd 1—40; Entsch. des OApp.Gs in Lübeck, hgg. v. Kierulff, Bd 1—7.

[8]) Vgl. Entsch. des ROHGs, Bd 3 Nr. 41, 42, Bd 4 Nr. 71, Bd 5 Nr. 62, Bd 6 Nr. 38, Bd 7 Nr. 1, 45, Bd 8 Nr. 21, Bd 11 Nr. 4, 19, Bd 12 Nr. 40, 61, Bd 16 Nr. 75, Bd 17 Nr. 70, Bd 18 Nr. 85, Bd 19 Nr. 21, 106, Bd 23 Nr. 36.

§ 2.

Die aestimatio. Allgemeines.

I. In den uns beschäftigenden Stellen bedeutet aestimare offenbar die Anlegung des Massstabs des Vermögens- oder Geldwerts an eine Sache. Dieses Schätzen, Werten in Geld muss ferner eine in die Aussenwelt tretende Handlung, das Abgeben einer Erklärung sein, sonst könnte es keine Rechtswirkung äussern [1]). Als Subjekte der Aestimationserklärung werden in einigen Stellen, von denen zweifellos auf die anderen zu schliessen ist, die Rückgabe-Vertragsparteien bezeichnet; l. 52 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1 sagt: depositum inter eas personas aestimatum, l. 1 D. de aestim. 19, 3: aestimationem de qua convenit, l. 8 C. si cert pet. 4, 2: species utriusque consensu aestimatas und sors, quae aestimatione partium placito definita est; die abweichende Ausdrucksweise von l. 7 § 5 D. de don. i. v. e. u. 24, 1 und l. 12 § 1 D. de jur. dot. 23, 3 hat offensichtliche besondere Gründe. Wenn in anderen Stellen von der Vornahme der aestimatio durch dritte Personen die Rede ist (vergl. die aestimatores und summarii der Novelle 64), so steht dies doch, wie l. 6 § 5 C. de sec. nupt. 5, 9 durch die Worte aestimatione habita per eos quos utraque pars elegerit arbitros beweist, rechtlich einer Schätzung durch die vertretenen Parteien selbst gleich [2]). Nach den oben angeführten Stellen ist unsre aestimatio weiterhin nicht etwa eine einseitige Meinungsäusserung über den objektiven Wert der Sache, sondern eine gegenseitige, vertragsmässige Willenserklärung, dass

[1]) Ueber aestimare als inneren Vorgang vgl. l. 36 D. de bon. lib. 38, 2; dem patronus ist die Grabstätte seiner Ahnen den Betrag der Ueberschuldung des libertus wert.

[2]) Vgl. die Kaufpreisbestimmung „quanti Titius aestimaverit“: § 1 Inst. de empt. e. v. 3, 23; l. 15 C. de C. E. 4, 38.

im Verhältnis der Beteiligten unter einander der Wert der Sache auf eine bestimmte Summe festgesetzt werden solle[3]). — Noch mag in sprachlicher Hinsicht bemerkt werden, dass in den Quellen das Wort aestimatio bald den Hergang des Schätzens, Anschlagens, bald den objektiven Wert einer Sache, bald die vertragsmässige Anschlagssumme bedeutet. Bechmann (Kauf II. S. 560) bezeichnet dementsprechend als Aestimationsvertrag jeden Rückgabevertrag, durch den sich »der Rückgabepflichtige unter gewissen Voraussetzungen verbindlich macht, den Wert der Sache zu leisten, sei es, dass dieser sogleich bestimmt wird oder nicht.« Damit wird aber derselbe Name für recht verschiedene Dinge gebraucht. Im folgenden soll unter Aestimationsvertrag stets ein Vertrag mit vorausgehender vertragsmässiger Wertsbestimmung verstanden werden.

II. Ueber die Form der aestimatio sagen die Quellen nicht viel. l. 8 D. de praescr. verb. 19, 5 u. l. 13 D. de quaest. 48, 18 (nicht auch l. 8 C. si cert. pet. 4, 2) erwähnen die Möglichkeit der stipulatio. Die Ausdrucksweise andrer Stellen deutet mehr auf formlose Verabredungen hin: aestimationem se praestaturum recepit (l. 5 § 3 D. comm. 13, 6), aestimationem de qua convenit (l. 1 D. de aest. 19, 3), reddi placuit (l. 69 § 7 D. de jur. dot. 23, 3). Die aestimatio wird in den Quellen stets — abgesehen von der Dosbestellung, wo sie jederzeit formlos stattfinden konnte — als gleichzeitig mit der Sachhingabe erfolgend erwähnt und ist daher als an der Form oder der Formlosigkeit des Hauptvertrags teilnehmend zu denken; vergl. l. 54 § 2 D. locati 19, 2: servus aestimatus colonae adscriptus und l. 6 i. f. C. sol. matr. 5, 18.

---

[3]) Die ältere Litteratur spricht von einer incerta aestimatio; vgl. Scipio Gentilis, Disputatio de aestimatione rerum in dotem datarum (Opera omnia, Neapoli 1763, Tom. II pag. 256); der Begriff erscheint wertlos.

III. Bei näherem Eingehen auf den Inhalt der aestimatio erhebt sich die Frage, ob die Einigung über den Geldwert des Vertragsgegenstandes immer zu demselben Zweck erfolgt, der ästimatorische Nebenvertrag[4]) demgemäss immer denselben Inhalt hat oder ob verschiedene Arten der aestimatio zu unterscheiden sind. Die Antwort liegt scheinbar auf der Hand. Nach hergebrachter Lehre giebt es zwei Arten der aestimatio, die aestimatio taxationis gratia (Schätzung um der Schätzung, blossen Wertsfeststellung willen) und die aestimatio venditionis gratia (Schätzung zu Umsatz-, Kaufzwecken). Aber mit der Berufung auf diese beiden, dem Corpus Juris fremden, erst von den Romanisten des 17. oder 18. Jahrhunderts[5]) erfundenen Kunstausdrücke ist nichts gewonnen, weil sich mit den Worten keine bestimmten Begriffe verbinden, sondern der eine Schriftsteller sie in diesem, der andere in jenem Sinne gebraucht. Einige Beispiele mögen dies erläutern.

Cocceji sieht (Jus civile controversum Lib. 19 tit. 3 qu. 7) als Unterscheidungsmerkmal an, ob das Eigentum übergeht oder nicht. Was als Rechtsgrund des Eigentumsübergangs gedacht wird, bleibt dunkel. Er sagt: venditionis gratia fieri aestimatio dicitur, quando pro precio aestimato dominium rei in accipientem transfertur. Als Wirkung der aestimatio venditionis gratia führt er an: omne periculum transit und accipiens aestimationis debitor efficitur. Aestimatio taxationis gratia dagegen liegt vor: quando ideo pretii mentio fit, ut appareat, si forte species aliqua deminuta aut deperdita fuisset, quidnam reposci possit, item quali pretio dominus rem suam vendi velit ut in contractu aestimatorio l. 1 D. de aest. 19, 3. In diesen Fällen gehe nämlich das Eigentum nicht über. Der Em-

[4]) Als solchen können wir auf Grund des Seitherigen die vertragsmässige aestimatio bezeichnen, ohne damit späteren Konstruktionsfragen vorgreifen zu wollen.

[5]) Scipio Gentilis (cc 1600) kennt sie noch nicht. Ihr Ursprung wird schwer festzustellen sein.

pfänger trage nicht die Gefahr, die Sache selbst sei Gegenstand der Rückgabepflicht.

Der Coccejischen Terminologie steht nahe diejenige von Kohler in seinem Aufsatze über Dispositionsniessbrauch (in Iherings Jahrb. f. Dogm., Bd. 24, S. 187 ff.); er sagt dort S. 228: »Es ist nun möglich, dass bei Beginn des Ususfruktus (an einem vivarium, einem Wildgehege) der Wildstand geschätzt übergeben wurde mit einer taxatio venditionis gratia; dann werden die einzelnen Stücke das Eigentum des Ususfruktuars gegen Restitution von tantundem.« Offenbar bezeichnet Kohler diesen Fall der aestimatio als aestimatio venditionis gratia wegen des Eigentumsübergangs; denn da die Restitution nicht in Geld geschieht, so wäre nicht einzusehen, welche Aehnlichkeit mit einer venditio sonst vorliegen sollte. Stimmt sonach Kohler in dieser Beziehung mit Cocceji überein, so entfernt er sich andrerseits wieder weit von des Letzteren Definition. Denn für Cocceji ist es eine feststehende Wirkung der aestimatio venditionis gratia, dass »sola aestimatio manet in obligatione« (vergl. l. c. qu. VIII, Abs. 3), während in dem Kohlerschen Fall der Empfänger ausschliesslich zur Rückerstattung von tantundem (eines gleichen Wildstandes) berechtigt und verpflichtet ist. Ganz verschieden von den Auffassungen Coccejis und Kohlers ist diejenige von Chambon.

Für Chambon ist der Uebergang oder Nichtübergang des Eigentums nur eine Folge der aestimatio venditionis, bezw. taxationis gratia. Unterscheidungsmerkmal ist ihm, ob die Parteien Rückgabe der hingegebenen Sache oder Rückgabe von Geld gewollt haben. Aestimatio taxationis gratia ist ihm diejenige, die »das kontraktliche Verhältnis in keiner Weise modificiert«, die lediglich dienen soll als »Massstab bei Berechnung des Schadens, den der Verpflichtete zufolge seiner Haftung für culpa, nicht auch für Casus zu ersetzen hat« (a. a. O. S. 10). Die aestimatio geschieht dagegen nach Chambon venditionis gratia, »wenn

die Parteien sie in der Absicht vornehmen, sie (soll heissen: die Aestimationssumme) als einziges und unbedingtes Restitutionsobjekt festzusetzen.« Uebergang des Eigentums — fährt Chambon fort — und der Gefahr sind die natürliche Folge (a. a. O. S. 22). — In ganz gleicher Weise wie Chambon verwenden die beiden Ausdrücke z. B. auch Windscheid, Pand. II § 494 N. 11, § 500 N. 7, Dernburg, Pand. 2. Aufl. III § 16. Ziff. 3, Mommsen a. a. O. § 24, S. 276, 280 etc., Bechmann, Kauf II § 261, Z. 2, S. 562, Dotalrecht (»Das röm. Dotalrecht, Giessen 1863/7) II S. 225, Anm. 1, Czyhlarz, Das römische Dotalrecht 1870, S. 151, 261. Als »Modifikationen« der aestimatio venditionis gratia bezeichnet Windscheid folgende Ausmachungen »1) es soll die bezeichnete Geldsumme in Sachen derselben Art, wie die hingegebenen, zurückgegeben werden« und »2) es soll entweder das Hingegebene oder die bezeichnete Geldsumme zurückgegeben werden«: a. a. O. § 494 N. 11. Vergleichen wir damit die — sehr ausführlichen — Erörterungen von Sintenis!

Sintenis sagt (Pand., 3. Aufl., III § 133, S. 46 f. unter Ziff. 2): »wenn nicht kaufs-, sondern nur schätzungswegen geschätzt ist, so ist zu unterscheiden, ob ausgemacht worden ist, dass entweder die Sache selbst oder der Schätzungspreis dereinst zurückgegeben werden solle, oder ob nichts derart bevorwortet worden ist.« Sintenis bezeichnet also dieselbe Verabredung, die für Windscheid eine Modifikation der aestimatio venditionis causa ist, als aestimatio taxationis gratia. Derselbe Sintenis äussert aber an andrer Stelle (a. a. O. II § 118, Anm. 15, Ziff. 3): »Der (in der Uebernahme eines ästimierten Pachtgutsinventars liegende) Kauf wird bedeutend modificiert, wenn ausgemacht wird, dass der Pächter entweder die dazu gehörigen Gegenstände oder ein Inventar von gleichem Wert oder die ursprünglich dafür festgesetzte aestimatio erlegen solle.« Nach dem Zusammenhang sieht Sintenis diese Ausmachung als aestimatio venditionis gratia an.

Weder mit der Cocceji-Kohlerschen Terminologie (Eigentumsübergang!), noch mit der Chambon-Windscheidschen (Natural-, Geldrestitution!) stimmt diejenige von Wendt a. a. O. überein, der danach unterscheidet, ob die Aestimationsberedung einen Versicherungsvertrag darstellt[6]) oder nicht. Wendt beschreibt zwar (a. a. O. S. 386) mit den Ebengenannten die aestimatio taxationis gratia als diejenige, »welche die obligatorischen Haftungsgrundsätze ganz unberührt lässt und nur ein demnächst vielleicht erforderliches arbitrium litis aestimandae überflüssig machen soll«, dagegen fasst er den Begriff aestimatio venditionis gratia wesentlich anders als jene Schriftsteller. Eine aestimatio des Inhalts, dass »die Anschlagssumme als einziges und unbedingtes Restitutionsobjekt festgesetzt wird« (vergl. Chambon a. a. O.), scheint er überhaupt nicht anzuerkennen, wenn er a. a. O. S. 392 die Behauptung, die Kaufkonstruktion bei der aestimatio venditionis gratia sei nur eine Denkform, mit den Worten begründet: »Schon die Möglichkeit, der Restitution statt mit der Aestimationssumme auch mit der Sache selbst genügen zu können, zeigt das ja.« Jede in Versicherungsabsicht geschlossene aestimatio scheint Wendt als aestimatio venditionis gratia zu bezeichnen (vergl. die Sätze a. a. O. S. 391—392), also auch die Verabredung, dass der zur Diligenz verpflichtete Empfänger die Sache selbst zurückzugeben und nur für den Fall zufälligen Untergangs die Aestimationssumme zu zahlen verspricht!

Diese Liste weit auseinandergehender Bezeichnungsarten beweist, wenn nicht, dass die Ausdrücke aestimatio venditionis, taxationis gratia ganz über Bord zu werfen sind, so doch, dass sie als Ausgangspunkt unsrer Untersuchung unbrauchbar erscheinen. Dies auch aus folgendem Grund: wenn eine, so wäre die Chambon-Windscheidsche Ausdrucksweise

---

[6]) Unter dieser Voraussetzung scheint Wendt stets Eigentumsübergang anzunehmen, vgl. a. a. O. S. 393 vv. „Jene Denkform u. s. w.“

nach Zahl und Bedeutung ihrer Anhänger als die herrschende zu bezeichnen; gerade sie aber deckt nur einen Teil der denkbaren Aestimationsverträge. Sie hat in die aestimatio taxationis gratia das Moment der Nichttragung der Gefahr, in die aestimatio venditionis gratia dasjenige der unbedingten und ausschliesslichen Geldrestitution hereingenommen. Sie hat daher keine Kunstausdrücke für die Verabredung, dass bei zufälligem Sachuntergang und nur in diesem Fall die Anschlagssumme zu zahlen sei, oder für die Aestimationsverträge mit alternativer Sachrestitutions- oder Geldleistungspflicht. Mit der Bezeichnung »Modifikation« für solche Fälle ist nichts geholfen; sie sagt nicht, wie weit die Regeln für den Normalfall gelten, wie weit etwas anderes gilt, also die Modifikation reicht.

Chambons Verdienst ist es, das Unzureichende der Unterscheidung von nur zwei Aestimationsarten erkannt zu haben. Er stellt 5 Klassen auf: 1) die aestimatio taxationis gratia in der erwähnten Umgrenzung; 2) die aestimatio der l. 52 § 3 D. pro socio 17, 2, die die Haftung des Empfängers bis zur custodia steigert; 3) die aestimatio, durch die der Empfänger alle Gefahr übernimmt, ohne dass das Vertragsverhältnis sonst verändert würde; 4) die aestimatio venditionis gratia mit der Anschlagssumme als »einzigem und unbedingtem Restitutionsobjekt«; 5) die aestimatio, die den Empfänger nach seiner Wahl zur Erstattung der Sache oder der Anschlagssumme verpflichtet. — Das ist zu viel und zu wenig: wenn Chambon die aestimatio der l. 52 § 3 D. pro soc. 17, 2 als eigene Aestimationsart hinstellt, mit der Begründung, »es kommt der Fall vor, dass die Sache abgeschätzt wird, ohne dass die Parteien ihre Veräusserung beabsichtigen«, so trifft dies ebenso auf seine aestimatio taxationis gratia zu; auch müssen die Parteien doch bei der aestimatio einen Zweck im Auge haben, und wenn es der ist, den Empfänger »zu allem Fleiss im Bewahren der Sache« zu verpflichten, wozu dann der Umweg der aestimatio statt unmittelbarer

Verabredung der Custodiapflicht? Ist demnach Chambons 2. Klasse zu streichen, so ist andererseits in seiner Einteilung die aestimatio als Begründung einer Alternativobligation mit Wahlrecht des Gläubigers übergangen.

Bechmann (Kauf II § 261) unterscheidet neben der aestimatio taxationis gratia, die er scheint's nicht als Aestimationsvertrag ansieht (vergl. Dotalrecht II., § 104, S. 225 unten): 1. Die aestimatio als vertragsmässige Gefahrübernahme, 2. die aestimatio, bei der die Anschlagssumme schlechterdings an Stelle der Sache tritt (aestimatio venditionis gratia), 3. die aestimatio, die die Anschlagssumme zum einen Gegenstand einer alternativen Verbindlichkeit mit Wahlrecht des einen oder andern Teils macht; ausserdem erwähnt er (Dotalrecht II., S. 215) als eine Gestaltung der älteren [römischen] Jurisprudenz den Aestimationsvertrag, wonach res eiusdem generis tantidem aestimatae zurückzugeben sind. An dieser Einteilung erscheint willkürlich die Ausscheidung der aestimatio taxationis gratia, der, wie sich unten zeigen wird, die Vertragsnatur nicht abgesprochen werden kann; und nicht genügend gewürdigt ist die aestimatio als Begleiterscheinung einer auf Rückgabe von tantundem gerichteten Vereinbarung, wenn sie von Bechmann bloss im Dotalrecht und nur für das ältere römische Recht anerkannt wird; sie ist von allgemeinerer und dauernder Bedeutung.

Ist sonach keine der bisherigen Einteilungen einwandfrei, so muss die selbständige Aufstellung einer solchen versucht werden. Die Fassung der Quellenstellen über aestimatio bietet kein Hilfsmittel zur Lösung dieser Aufgabe, da diese Stellen den ästimatorischen Nebenvertrag nur durch Hervorhebung der Hingabe »unter Anschlag« (res aestimata datur . . .), seinen näheren Inhalt aber mit keiner Silbe erwähnen. Im folgenden soll daher zunächst die Frage behandelt werden, welche praktischen Zwecke als Veranlassung der aestimatio denkbar sind; die so festgestellten Arten von ästimatorischen Nebenverträgen

werden alsdann nach juristischen Gesichtspunkten zu gruppieren sein. — Wird die hingegebene Sache in vertragsmässigem Zustand oder bei fungiblem Vertragsgegenstand eine der hingegebenen gleiche Sachquantität zurückgegeben oder unterbleibt eine Rückleistung (wegen Erlasses, befreiender Unmöglichkeit etc.) ganz, so ist die aestimatio wertlos. Sie gewinnt dagegen Bedeutung einmal, wenn es ganz oder teilweise zur Rückleistung in Geld kommt. Dies tritt erstens ein, wenn die Naturalrestitution durch ein vom Rückleistungspflichtigen zu vertretendes Ereignis ganz oder teilweise unmöglich geworden ist; eine aestimatio ist also umso mehr angezeigt, je höher die Verantwortung des Empfängers auf der durch die Worte dolus, culpa, custodia, casus angedeuteten Stufenleiter festgesetzt wird. Denkbar ist aber auch zweitens, dass von vornherein verabredet wird, die Rückleistung solle in Geld erfolgen, sei es unbedingt, so wenn die Parteien jeden künftigen Streit über die Identität des Vertragsgegenstands, über Beschädigungen und ihre Ursachen und dergl. abschneiden wollen, sei es für gewisse Fälle: es kann z. B. der Empfänger aus wirtschaftlichen Zweckmässigkeitsgründen zu Eingriffen in die Substanz des Vertragsgegenstandes und damit zu Wertsveränderungen, insbesondere bei einer Mehrheit von Vertragsgegenständen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, zur Ausscheidung einzelner Stücke (Veräusserung, Vernützung) berechtigt werden unter Verpflichtung zum Geldersatz. Endlich kann drittens verabredet werden, dass die Rückleistung statt mit der Sache selbst in Geld erfolgen dürfe, wenn nämlich dem Rückempfangsberechtigten die Form der Rückleistung gleichgültig ist.

Das Vorhandensein einer aestimatio vermag aber auch dann die Abwicklung eines Rückgabevertrags zu fördern, wenn statt der hingegebenen Sache eine andere Sache zurückerstattet wird, sei es, weil die ursprüngliche nicht mehr in rückgabefähigem Zustand vorhanden ist, sei es,

weil der Hingebende mit Rücksicht auf wirtschaftliche Bedürfnisse oder aus Gleichgültigkeit gegen die Form der Rückleistung dies dem Empfänger freigestellt hat; in diesen Fällen ist die aestimatio von Wert, um festzustellen, ob die andere Sache, die der Rückleistungspflichtige restituieren will, ein genügender Leistungsgegenstand ist oder nicht.

Als Beispiel für die Mannigfaltigkeit der Aestimationsverträge, die sich aus den angedeuteten Gesichtspunkten ergeben, möge eine Aufzählung der auf den Fall unmöglicher Naturalrestitution berechneten Verabredungen hier Platz finden; es sind folgende:

I. Für den Fall der Beschädigung des Vertragsgegenstands wird als Rückleistung ausbedungen:

1. die beschädigte Sache nebst Wertverminderungsersatz in Geld, oder

2. statt der beschädigten Sache der ganze Wert in Geld, oder

3. statt der beschädigten Sache eine gleichartige, gleichwertige Sache, oder

4. nach Wahl des Rückempfangsberechtigten 1. od. 2.;

5. „ „ „ „ „ 1. „ 3.;

6. „ „ „ „ „ 2. „ 3.;

7. „ „ „ „ „ 1. od. 2. „ 3.;

8.—11. dasselbe wie bei 4.—7. nach Wahl des Rückleistungspflichtigen.

II. Für den Fall der Vernichtung des Vertragsgegenstands sind ähnliche Verabredungen möglich.

Da sich die einzelnen Abstufungen von I. mit der oder jener von II. verbinden können, und da die unter I. und II. genannten Verabredungen entweder mit oder ohne Steigerung des der betreffenden Vertragsart typischen Haftungsmasses getroffen werden und im ersteren Fall wiederum entweder nur auf die Verletzung der gewöhnlichen Diligenzpflicht oder auch auf Verletzung der besonderen vertragsmässigen Diligenz und etwa auf Zufall

berechnet sein können[7]), so stellt sich die Zahl der für den Fall der Unmöglichkeit der Naturalrestitution vorsorgenden denkbaren Aestimationsverträge sehr gross dar. Der hier gegebene Ueberblick über das weite Feld der Aestimationsverträge enthält noch keine Gruppierung dieser Verträge nach juristischen Gesichtspunkten, aber er leitet auf eine solche hin. Die Frage ist die, welche rechtliche Funktion der Aestimationssumme bei den einzelnen erwähnten Aestimationsberedungen zukommt[8]). Nach diesem Gesichtspunkt zerfallen die Aestimationsverträge zunächst in zwei Gruppen: solche, die den Empfänger bedingt oder unbedingt zur Zahlung der Aestimationssumme verpflichten, und solche, die dies für keinen Fall thun. In der ersteren Gruppe lässt sich danach unterscheiden, ob die Aestimationssumme nur bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution oder auch trotz deren Möglichkeit bezahlt werden soll; in jenem Fall hat die Aestimationssumme die Natur eines Surrogats der Sache selbst, liegen die betreffenden Aestimationsverträge also auf dem Gebiet der Schadensersatz- und Versicherungsverträge; in diesem Fall hat die Aestimationssumme, gegen deren Erlegung der Vertragsgegenstand dem Rückleistungspflichtigen verbleibt, Aequivalentsnatur, der Aestimationsvertrag den Charakter eines Umsatzvertrags. Wird aber das Hingegebene vertragsmässig geschätzt, obgleich im Fall des Behaltens durch den Empfänger oder im Fall des Untergangs nicht Geldrestitution, sondern Leistung einer gleichartigen, gleichwertigen andern Sache eintreten soll, so ist die Anschlagssumme weder als Surrogat, noch als Aequivalent der Sache selbst in Aussicht genommen, vielmehr ist sie dann nur ein Massstab für Bemessung der Rückleistung, ein Mittel zur Vergleichung

[7]) Es würde z. B. bestimmt: für den Fall zufälligen Untergangs wird der vom Empfänger zu vergütende Wert der Sache auf 100 festgesetzt, für den Fall des Untergangs durch seine Schuld hat der Empfänger den Wert mit 200 zu ersetzen.

[8]) Vgl. zum Folgenden: Bechmann, Kauf II, S. 560.

der hingegebenen und der zurückzuerstattenden Sache. Diese Art von aestimatio lässt sich vielleicht am besten kennzeichnen durch den im folgenden angenommenen Ausdruck: lediglich beurkundende aestimatio.

Wir werden nun die einzelnen Gruppen von Aestimationsverträgen in folgender Ordnung behandeln: 1. lediglich beurkundende aestimatio; 2. aestimatio mit Surrogatsnatur der Anschlagssumme; 3. aestimatio mit Aequivalentsnatur der Anschlagssumme. Daran wird als vierte Gruppe eine Reihe von Fällen anzuschliessen sein, die sich als Verbindung mehrerer von den obengenannten drei Grundästimationsarten darstellen. Dabei wird ausgegangen von Aestimationsverträgen, bei denen über das von den Parteien mittels der aestimatio Vereinbarte und Bezweckte Klarheit besteht. Erst zum Schlusse soll von der Stellung des römischen Rechts zu dunkeln Aestimationsverträgen die Rede sein.

§ 3.

Die lediglich beurkundende aestimatio.

Lediglich beurkundend wirkt die aestimatio nach dem in § 2 Ausgeführten dann, wenn die Aestimationssumme nach dem Vertrag nicht, auch nicht eventuell, den Gegenstand der Rückleistung bilden soll, vielmehr nur für den Fall, dass statt der hingegebenen Sache eine andere Sache zurückerstattet wird, der Vergleichung beider Leistungsgegenstände zu dienen bestimmt ist. Anlass zur lediglich beurkundenden aestimatio ist also gegeben, wenn einem Rückgabevertrag Nebenabreden beigefügt werden, denen zufolge auch dann, wenn nicht die hingegebene Sache selbst zurückgegeben wird, trotzdem keine Geld-, sondern eine Sachrückleistung erfolgen muss oder darf.

Die Rückleistung einer andern Sache zu vereinbaren, liegt einmal nahe für den Fall der Unmöglichkeit der Rückgabe der hingegebenen Sache selbst; aber auch ungeachtet der Möglichkeit der letzteren kann der Hingebende aus Gleichgültigkeit gegen den individuellen Vertragsgegenstand dem Empfänger die erstere freistellen. Wird mit diesen Vereinbarungen eine aestimatio verbunden, so ergeben sich als Fälle lediglich beurkundender aestimatio folgende zwei Nebenverträge:

1. eine bei Unmöglichkeit der Restitution der hingegebenen Sache selbst etwa geschuldete Ersatzleistung soll mittels einer andern gleichartigen Sache im Anschlagswert erfolgen;

2. an Stelle der empfangenen Sache darf der Empfänger eine andere gleichartige im Anschlagswert zurückerstatten, auch wenn jene selbst zurückgegeben werden könnte.

I. Bei jedem dieser beiden ästimatorischen Verträge sind, wie sich aus dem Obigen unmittelbar ergiebt, zwei Elemente zu unterscheiden: die Verabredung über die Art der Rückleistung (gleichartige Sache) und die vertragsmässige Schaffung eines Leistungsmassstabs (die aestimatio i. e. S.). Da jene Verabredung auch ohne diese vorkommen kann[1]), so ist ihr rechtlicher Charakter nicht eigentlich Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und kann daher nur kurz berührt werden.

1. Bei der Vereinbarung, dass der Rückleistungspflichtige, der die empfangene Sache selbst nicht zurückgeben könne, die etwaige Ersatzrückleistung mit einer andern Sache machen solle, sind zwei Arten von Unmöglichkeit zu unterscheiden: einerseits die Unmöglichkeit infolge zufälligen oder vom Empfänger verschuldeten Unfalls,

[1]) Werden beide vereinigt, so wird zweckmässigerweise eine dritte angeschlossen, dahingehend, dass bei der dereinstigen Geschäftsabwicklung die etwa notwendigen Wertsbestimmungen durch gemeinsam gewählte Sachverständige erfolgen sollen.

andererseits die Unmöglichkeit als Folge davon, dass der Empfänger durch den Vertrag in den Grenzen ordentlicher Wirtschaft unbeschränkte Verfügungsmacht eingeräumt erhalten und auf Grund hiervon einzelne Stücke des Empfangenen verbraucht oder veräussert hat. Mag sich obige Vereinbarung auf die eine oder die andere Art der Unmöglichkeit beziehen, so ist sie wohl nach römischem Recht, wenn in continenti beigefügt, als ein gültiges pactum de datione in solutum anzusehen. Hat die Vereinbarung die Unmöglichkeit infolge von Verbrauchs- oder Veräusserungshandlungen im Auge, so enthält sie gleichzeitig eine gültige Entbindung des Empfängers von der im römischen Recht bei Rückgabeverträgen geltenden Beschränkung[2]) auf Verfügungen salva rei substantia, damit nicht aber auch eine Eigentumsübertragung an den hingegebenen Gegenständen, vielmehr nur die Einräumung eines dem Dispositionsniessbrauch[3]) zu vergleichenden Rechts, denn der Empfänger wird ja nicht unbeschränkt, sondern bloss in den Grenzen ordnungsmässiger Bewirtschaftung zu Verfügungen berechtigt und es dürfen nicht beliebige Stücke restituiert werden, sondern die hingegebenen bilden, so lange vorhanden, ausschliesslich den Gegenstand der Rückgabepflicht[4]). — Auch die Gefahrtragung wird durch die Vereinbarung, dass für die Rück-

[2]) Ausnahmen von dieser Beschränkung bilden Verträge, bei denen die Hingabe gerade zum Zweck eines Eingriffs in die Substanz (Schlachten eines Ochsen u. ä.) erfolgt.

[3]) Vgl. Kohler, Dispositionsniessbrauch a. a. O.

[4]) Das Vindikationsrecht ist für den Fall eines Konkurses sehr wichtig. — Werden von den eine wirtschaftliche Einheit bildenden Vertragsgegenständen einzelne Stücke schon während der Vertragsdauer durch gleichartige ersetzt, so liegt der gesetzgeberische Gedanke nahe, die neueingefügten Stücke hinsichtlich des Eigentums und der Gefahr den andern gleichzustellen. Mit einer etwa vorliegenden aestimatio steht dies dann übrigens in keinem ursächlichen Zusammenhang. Darüber, wie sich das römische Recht hiezu stellt, vgl. Kohler, Disp. Niessbr. a. a. O.

leistung gegebenenfalls nicht Geld, sondern eine andere Sache verwendet werden solle, offenbar nicht berührt. Diese Vereinbarung betrifft nicht die Voraussetzungen der Ersatzpflicht, sondern nur die Art ihrer Erfüllung; nicht einmal in Verbindung mit der Einräumung der unbeschränkten Verfügungsmacht in den Grenzen ordentlicher Wirtschaft enthält sie notwendig eine Uebertragung der Gefahr; allerdings ist ein Handinhandgehen von Verfügungsmacht und Gefahrtragung zweckmässig, und es mag eine Erweiterung der typischen Verfügungsberechtigung ohne Gegenleistung bezüglich der Gefahrtragung selten eingeräumt werden, aber ein notwendiges Gegenstück des Verfügendürfens ist die Gefahrtragung nicht.

2. Der Nebenvertrag, dass der Empfänger beliebig statt der empfangenen Sache eine andere gleichartige zurückgeben dürfe, ist gleichermassen denkbar, mag eine vertretbare oder eine nichtvertretbare Sache den Vertragsgegenstand bilden. Die Rechtsfragen, die sich an ihn knüpfen, sind folgende: ist die hingegebene Sache nur in solutione oder ist sie auch in obligatione, mit anderen Worten: begründet jener Verzicht auf Rückgabe in specie eine Genusobligation oder nur eine facultas alternativa zu Gunsten des Rückleistungspflichtigen? Geht das Eigentum auf den Empfänger über? Trägt er die Gefahr?

Handelt es sich um vertretbare Sachen, so bedeutet dieser Nebenvertrag den Abschluss eines sogenannten irregulären Rückgabevertrags und sind demnach die aufgeworfenen Fragen dahin zu beantworten, dass, wie beim Darlehen[5]), nur eine generelle Rückleistungspflicht besteht, die hingegebene Sache als Eigentum des Empfängers nicht mehr vindiciert werden kann, dieser andererseits die Gefahr trägt, sofern nicht — diese Einschränkung wird in

---

[5]) Die irregulären Rückgabeverträge sind keine Darlehen. A. M. Sell im Civil. Archiv, Bd. 19, S. 302 ff., § 5, der l. 31 locati missversteht und creditum mit mutuum verwechselt.

allen genannten Beziehungen zu machen sein — das Gegenteil ausdrücklich verabredet wird.

Handelt es sich dagegen um nicht vertretbare Sachen, so wird man zwar vielleicht zunächst zur entsprechenden Anwendung des Rechts der irregulären Rückgabeverträge geneigt sein, bei genauerer Prüfung aber erwägen müssen, dass es sich dort um positive Rechtssätze für Fälle handelt, die den Charakter eigener Vertragstypen gewonnen haben, hier dagegen nur in Einzelfällen durch individuelle Willkür eine Ausnahme vom typischen Vertragsinhalt geschaffen wird. Man wird daher für die Uebertragung jener positiven Vorschriften im Weg der wissenschaftlichen Schlussfolgerung den Nachweis fordern müssen, dass die Parteien eine solche Ausdehnung der Macht des Empfängers einerseits, seiner Haftung andrerseits beabsichtigen, wenn sie die Rückerstattung einer andern gleichartigen Sache in dessen Belieben stellen. Jener Nachweis ist aber nicht zu erbringen: die Gleichgültigkeit gegen den individuellen Vertragsgegenstand wird nur dazu führen, die Rückgabe einer andern Sache als ein Dürfen des Empfängers festzusetzen, womit es sich schlecht vertrüge, wenn er die Gefahr zu tragen hätte; und ebenso wird jene Vereinbarung nicht notwendig den Willen der Kreditgewährung seitens des Hingebenden zur Voraussetzung haben, sondern als eine im Zweifel nur auf den Augenblick der Rückleistung berechnete, zur Erleichterung der Geschäftsabwicklung bestimmte auch dann denkbar sein, wenn die Vermögenslage des Empfängers dem Hingebenden den Verzicht auf die Vindicationsmöglichkeit nicht ratsam macht. Der in Rede stehende Nebenvertrag ist also nicht als ein Grund des Uebergangs von Gefahr oder Eigentum auf den Empfänger anzuerkennen. Zum Beweis der Richtigkeit dieser Auffassung kann wohl fr. 31 locati angeführt werden: dort machen die einzelnen Befrachter ihr Korn ausnahmsweise nicht in specie zum Gegenstand des Frachtvertrags, sondern erklären sich durch das confundere mit

blosser Restitution ex acervo einverstanden; und Alfenus entscheidet, dass bei dieser Sachlage der Frachtführer weder die Gefahr trägt, noch durch den Verzicht auf Restitution in specie als solchen Eigentümer wird; ersteres ergiebt sich u. E. aus den Worten: sed si ita datum esset etc., letzteres daraus, dass der Eigentumsübergang bei genauerer Prüfung der Stelle lediglich mit der confusio begründet erscheint.

II. Nachdem sich im vorstehenden ergeben hat, dass keiner der beiden besprochenen Nebenverträge Eigentums- oder Gefahrübergang zur Folge hat, können wir uns der Hauptfrage zuwenden, ob das Hinzutreten einer Schätzung zu diesen Nebenverträgen in den angegebenen Richtungen einen Einfluss ausübt. Und zwar bedarf, da lediglich nichts für eine Uebertragung des Eigentums durch eine derartige aestimatio spricht, nur der Punkt näherer Erörterung, ob von der lediglich beurkundenden aestimatio gesagt werden kann: aestimatio facit periculum?

1. Kann aus der Hinzufügung der aestimatio auf den Willen der Vertragschliessenden, die Gefahrtragung abweichend vom objektiven Recht zu regeln, geschlossen werden? Diese Frage ist zu verneinen. Einem derartigen Willen werden vertragschliessende Parteien, wenn sie ihn haben, eben durch eine unmittelbare Vertragsbestimmung Ausdruck verleihen; aus der aestimatio wäre er nur zu schliessen, wenn kein anderer Zweck für diese zu ermitteln wäre. Die Beifügung der aestimatio zu einem der oben besprochenen Nebenverträge hat aber offenbar den Zweck, die Abwicklung des Geschäfts zu erleichtern: der festgesetzte Geldbetrag soll einen zugleich sicheren und einfachen Massstab für die Bemessung der Rückleistung bilden. Der nächstliegende Massstab hiefür wäre, wenn eine gleichartige Sache zurückerstattet werden soll, eine möglichst genaue Beschreibung des Hinzugebenden. Die lediglich beurkundende aestimatio soll also nach der Absicht der Parteien sein: Ersatz einer Beschreibung des Ver-

tragsgegenstands. Die Vorzüge eines Geldanschlags vor einer solchen Beschreibung brauchen hier nicht näher erörtert zu werden; die Hauptsache dabei ist die Vermeidung aller subjektiven Begriffe.

Die lediglich beurkundende aestimatio hat also im Sinn der Parteien keinerlei Beziehung auf die Tragung der Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung des Hingegebenen. Gilt dasselbe auch für die Frage, wem Vorteile oder Nachteile einer zwischen Anfang und Ende des Vertragsverhältnisses eingetretenen Preisveränderung zufallen? Wenn z. B. auf Grund eines Pachtvertrags, der Erhaltung des Viehstands bei gleicher Stückzahl und dessen Hingabe und Rückgabe nach Taxe vorschreibt, dem Pächter zehn schöne Ochsen im Gesamtanschlag von 3000 Mk. mit dem Gutsinventar übergeben worden, beim Ende der Pacht aber infolge von Preissteigerung um jene Summe nur zehn geringe Ochsen zu haben sind, muss sich dann der Verpächter mit Rückerstattung von zehn schlechten Ochsen begnügen, weil diese nach den jetzigen Preisen zusammen 3000 Mk. wert sind? Die Antwort wird prinzipiell dahin zu lauten haben: wenn feststeht, dass die aestimatio eben nur Ersatz einer eingehenden Beschreibung sein soll, dass gewollt ist die Rückgabe gleich vieler und gleich guter Stücke, so ist die aestimatio eben auch nur massgebend, insoweit sie fähig ist, einen Ersatz für eine solche Beschreibung zu bilden. Die Anschlagssumme muss also in der Idee der seit Eingehung des Vertrags eingetretenen Preissteigerung oder -minderung entsprechend erhöht oder herabgesetzt werden, ehe sie als Massstab für die Rückgabe benützt wird. Praktisch wird dies aber doch nur anzuwenden sein, wenn es sich um Verträge von so langer Dauer (z. B. Dotalverträge) oder um so aussergewöhnliche Preisveränderungen handelt, dass die Beibehaltung der ursprünglichen Anschlagssumme eine erhebliche Bereicherung des einen Teils auf Kosten des andern zur Folge hätte; bei kleineren Preisschwankungen

dagegen wird man davon ausgehen dürfen, dass deren Risiko und Chance von beiden Teilen als unerhebliche Nebenwirkung der aestimatio mit in Kauf genommen werden will[6]).

2. Giebt es einen objektiven Rechtssatz des Inhalts, dass die vertragsmässige Schätzung des Gegenstands eines Rückgabevertrags den Uebergang der Gefahr zur Folge habe, unabhängig davon, was die Parteien mit der Schätzung bezwecken? Hierüber genügen wenige Worte: ein solcher objektiver Rechtssatz besteht im römischen Rechte nicht; er ist in den im § 1 genannten Stellen nicht zu finden, auch nicht in l. 1 § 1 D. de aest. 19, 3, deren Worte dem Zusammenhang nach keine über den Trödelvertrag hinausgehende allgemeine Bedeutung beanspruchen; vielmehr beweisen Stellen[7]) wie l. 5 § 3 D. commod. 13, 6 (aestimationem se praestaturum recepit) durch ihre Bezugnahme auf das von den ästimierenden Parteien Gewollte und Verabredete, dass nach römischem Recht für die Wirkungen der aestimatio der Sinn massgebend ist, in dem sie einem Vertrag beigefügt wird. Auch aus der Aeusserung der l. 10 § 5 D. de jure dot. 23, 3: aestimatio venditio est — kann nichts gefolgert werden, denn auch das Zutreffen dieses Satzes wird in den Quellen — vergl. l. 69 § 7 eod. — davon abhängig gemacht, was die Parteien mit der aestimatio gewollt haben.

Von der lediglich beurkundenden aestimatio gilt also der Satz aestimatio facit periculum nicht.

III. Hält man das, was im vorstehenden lediglich beurkundende aestimatio genannt worden ist, mit den Ausdrücken der überlieferten Terminologie zusammen, so ist ohne weiteres klar, dass die lediglich beurkundende aesti-

---

[6]) Vgl. Glück Comm., Bd. 17, S. 488 ff., Sintenis Pand., Bd. II, § 118, Anm. 15, Z. 5.

[7]) Auf l. 52 § 3 D. pro soc. 17,2 wird weniger Wert zu legen sein, da der nähere Thatbestand und die Bedeutung der aestimatio in dieser Stelle nicht sicher festzustellen ist.

matio keinen Umsatz von Sache gegen Geld im Auge hat, dass sie also keine aestimatio venditionis gratia ist. Dagegen wird bei allen oben besprochenen Fällen von lediglich beurkundender aestimatio die Bezeichnung aestimatio taxationis gratia zutreffen, denn in allen diesen Fällen will die aestimatio, wenn wir unter aestimatio nicht den ganzen ästimatorischen Nebenvertrag, sondern im Gegensatz zu den Beredungen über den Gegenstand der Rückgabe die vertragsmässige Veranschlagung des Hingegebenen verstehen, eben nur den Wert des Vertragsgegenstands feststellen, weiter nichts.

IV. Finden wir im Corpus Juris Beispiele von lediglich beurkundender aestimatio? Nicht in Betracht kommen einmal die vielen Stellen, die von dos aestimata data schlechthin, ohne weitere Angaben über den Inhalt des ästimatorischen Nebenvertrags sprechen; denn die gewöhnliche aestimatio dotis ist, wie später zu zeigen sein wird, eine aestimatio venditionis gratia. Das Gleiche gilt von l. 25 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1 und l. 52 pr. eod. Ferner liegt lediglich beurkundende aestimatio natürlich nicht vor bei den Stellen, die ausdrücklich von eventueller, alternativer oder ausschliesslicher Geldrestitutionspflicht sprechen: l. 5 § 3 D. comm. 13, 6; l. 54 § 2 D. loc. 19, 2; l. 1 D. de aest. 19, 3; l. 8 D. praescr. verb. 19, 5; l. 10 § 6 D. de jur. dot. 23, 3; l. 13 D. de quaest. 48, 18; l. 1 C. de fund. dot. 5, 23; l. 6 § 5 C. de sec. nupt. 5, 9; § 2 I. de usfr. 2, 4; l. 7 D. de usfr. ear. rer. 7, 5; l. 12 § 3, 4 D. de pact. dot. 23, 4. Auszuschliessen sind sodann die Stellen, in denen von Rückgabe der hingegebenen Sache selbst die Rede ist: l. 69 § 7 D. de jur. dot. 23, 3; l. 32 D. de pact. dot. 23, 4; l. 50 D. sol. matr. 24, 3; l. 6 C. de usfr. 3, 33; l. 21 C. de jur. dot. 5, 12; l. 1 C. sol. matr. 5, 18; Nov. 64. Es bleiben also nur übrig l. 52 § 3 D. pro socio 17, 2; l. 3 D. locati 19, 2; l. 18 D. de jur. dot. 23, 3 und l. 66 § 3 D. sol. matr. 24, 3 (letztere beide identisch).

l. l. 52 § 3 D. pro socio 17, 2 Ulpianus[8]).

Bei dieser Stelle wird man nicht an eine Societät zu gemeinsamem Verkauf des Viehs (vergl. l. 44 eod. tit.), sondern an den in § 2 der l. 52 cit. genannten Thatbestand einer societas in commune quaerendis fructibus zu denken haben: vergl. l. 9 (8) C. de pact. 2, 3. Nicht klar ersichtlich aber ist der Zweck der Beiziehung eines Aestimationsvertrags: gewiss nähme niemand an unserer Stelle Anstoss, wenn es statt aestimatum alle drei Male pascendum hiesse, m. a. W.: die Ausführung, dass der das Weiden besorgende Gesellschafter zur custodia im technischen Sinn verpflichtet, für damna fatalia jedoch nicht verantwortlich sei, könnte ganz wohl damit begründet sein, dass in dem Weiden und überhaupt der Fürsorge für das Vieh die Societätsleistung dieses Socius bestehe: vergl. § 2 i. f. hl. Vielleicht wollte Ulpian einen Fall nennen, in dem nach seiner Ansicht eigentlich Gefahrübergang anzunehmen wäre, um dadurch die Verneinung des Gefahrübergangs als einer gegen das Wesen des Gesellschaftsvertrags verstossenden Rechtsfolge desto schärfer hervortreten zu lassen.

Auch die Wirkung, die Ulpian der aestimatio in der vorliegenden Stelle zuspricht, ist nicht sicher festzustellen; der Wortlaut lässt aber schwerlich eine andere Auslegung zu als die, Ulpian lege dem das Vieh übernehmenden Gesellschafter die Custodiapflicht — statt gewöhnlicher Diligenzpflicht — deshalb auf, weil die Uebernahme nicht ohne weiteres, sondern unter einer Taxe geschah.

Bei der Unklarheit über die genannten zwei Punkte

---

[8]) Vgl. Bas. 12, 1,50; Glück, Comm. XV, S. 437, Chambon a. a. O., S. 11, Windscheid, Pand. II, § 264, Anm. 9; Brinz, Pand. II, S. 315 Anm. 24, II S. 789 Anm. 38, IV S. 191 Anm. 13; Sintenis, Pand. II. § 121, Anm. 55; Ihering in Ihgs Jbch. f. Dogm., Bd. XV, S. 391; F. Mommsen a. a. O., S. 282/3 u. § 33; Hasse, Culpa, 2. Ausg. 1838, § 49, S. 414; Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen etc., 4. Teil, 1. Abt., S. 161, Anm. 21. Sehr vorsichtig drückt sich die Glosse aus.

ist es endlich unmöglich zu sagen, was sich Ulpian als näheren Inhalt des von den Gesellschaftern geschlossenen ästimatorischen Nebenvertrags gedacht hat[9]); insbesondere aber liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, dass ihm eine der drei in diesem Paragraphen besprochenen Vereinbarungen vorgeschwebt habe. Die l. 52 § 3 cit. kann also nicht als Beleg für das Vorkommen der lediglich beurkundenden aestimatio im römischen Recht verwertet werden.

2. l. 3 D. locati 19, 2. Pomponius.

Die l. 3 cit. hat eine umfangreiche Litteratur[10]), deren Besprechung und Würdigung eine Abhandlung für sich in Anspruch nähme. Die Bedeutung der Stelle wird aber u. E. vielfach überschätzt, wie im folgenden zu zeigen versucht werden soll. Proculus, den Pomponius in l. 3 cit. eine allgemeine Regel aussprechen, nicht über einen bestimmten Einzelfall respondieren lässt, spricht von der Uebernahme des Pachtinventars unter einer Taxe ebenso ohne jede weitere Erläuterung des Inhalts dieser Vertragsbestimmung, wie Dutzende von Corpus Juris-Stellen von dos aestimata data ohne jeden Zusatz sprechen. Wenn er dann diesem ästimatorischen Vertrag ganz allgemein die Wirkung beilegt: emptum habet colonus, so darf dies zweifellos nicht dahin verstanden werden, dass dieser Aus-

[9]) Nicht ausgeschlossen ist, dass Ulpian, der häufig, aber nicht immer glücklich — vgl. l. 5 pr. D. de imp. 25,1 — mit ästimatorischen Nebenverträgen operierte, sich überhaupt keine ins einzelne gehende Vorstellung bezüglich des angenommenen ästimatorischen Nebenvertrags gemacht hat.

[10]) Vgl. Glück, Comm. Bd. 17, S. 487 ff.; Arndts. Pand. § 312; Brinz, Pand. II, S. 758 Anm. 33, IV S. 191 Anm. 13; Dernburg, Pand. II, S. 298, Anm. 25; Seuffert, Pand., § 329; Sintenis, Pand. II, § 117, § 118; Wächter, Pand. II, S. 477; Windscheid, Pand. II, S. 458. Anm. 22; Ihering in Ihgs Jbch. f. D., Bd. 15, S. 391; Mommsen a. a. O., S. 278; Huschke, Die röm. Lehre vom Darlehen 1882, S. 22; Sell im Arch. f. civ. Pr., Bd. 19, S. 302 ff.; Chambon a. a. O., S. 24; Bechmann, Kauf II, S. 562, Bas. 20, 1, 3.

spruch unbedingt zutreffe, unabhängig von dem Sinn, in dem die Vertragschliessenden die aestimatio vorgenommen haben, vielmehr ist daraus nur zu schliessen, dass die Worte instrumentum aestimatum acceptum für den römischen Juristen eine feststehende Bedeutung haben, einen bestimmten Aestimationsvertrag bezeichnen (wie dos aestimata data), sofern nicht im einzelnen Fall ausdrücklich angedeutet wird, dass der Aestimationsvertrag einen vom gewöhnlichen abweichenden Inhalt habe. Die Frage ist nun: was ist der Inhalt des in römischen Pachtverträgen üblichen Aestimationsvertrags über das Gutsinventar? Die Antwort wollen die meisten im Wege des Rückschlusses ableiten aus den Worten id agi ut emptum habeat etc. Aus der von Proculus angewendeten Kaufkonstruktion will man schliessen, dass der Pächter das Inventar endgültig gegen Zahlung der Aestimationssumme, nicht auf Rückgabe übernehme, denn der Kauf sei ein Umsatz-, kein Rückgabevertrag, dass er durch die Uebernahme Eigentümer des Inventars werde, denn kaufen heisse Eigentum erwerben, dass er die Anschlagssumme im Zweifel sofort zu zahlen habe, denn beim Kauf sei an sich Zug um Zug zu leisten u. s. w. u. s. w. Alle diese Schlüsse schweben unsrer Ueberzeugung nach in der Luft; l. 3 cit. bietet keine Vordersätze, auf denen sie sich aufbauen könnten. Nach ihrer Stellung in der justinianischen Kompilation hinter l. 2 eod. tit. zu schliessen, spräche l. 3 cit. der Uebernahme des Gutsinventars unter einer aestimatio — deren näherer Inhalt als bekannt vorausgesetzt wäre — den Charakter des Kaufs im Gegensatz zu dem der Miete (Pacht) zu; allein es liegt keinerlei Anhaltspunkt dafür vor, dass auch Proculus schon und Pomponius, der die Aeusserung des Proculus berichtet, mit den Worten emptum habet eine derartige systematische Frage hätten erörtern wollen. Welchen Sinn das id agi ut emptum habeat im Munde des Proculus habe, das liesse sich u. E. nur entscheiden, wenn feststünde, auf welche Frage Proculus sich

selbst oder anderen mit jenen Worten habe antworten wollen. Denkbar ist, dass er erörterte, ob mit der Uebergabe unter einer Taxe Eigentumsübertragung als gewollt anzusehen sei; unter dieser Voraussetzung hiesse emptum habet nichts anderes als: der Pächter steht zu der Sache, wie wenn er sie gekauft hätte, d. h. er ist Eigentümer. Oder legte sich Proculus vielleicht die Frage vor, ob bei der Uebernahme des Pachtinventars unter einer Taxe Verpflichtung zur Naturalrestitution als gewollt anzusehen sei, dann hiesse emptum habet: der Pächter ist zur Naturalrestitution nicht verpflichtet. Bei der Unmöglichkeit aber, den Zweifelspunkt des Proculus aus der l. 3 cit. herauszulesen, ist auf eine zweifelsfreie Auslegung des entscheidenden Teils seiner Aeusserung nicht zu rechnen; man muss sich mit Vermutungen begnügen. Eine solche — und nur eine solche — giebt auch die Schlusswendung sicuti fieret etc. an die Hand. Verfehlt wäre die Behauptung, wenn dos aestimata data ohne weiteren Zusatz Hingabe der Dos mit ausschliesslicher Geldrestitutionspflicht bedeute, so folge aus den Worten sicuti fieret, dass die Taxierung des Pachtinventars durchweg denselben Sinn habe; Proculus braucht nicht zu sagen, dass beide Aestimationsverträge denselben Inhalt haben, als seine Entscheidung kann nur das festgestellt werden, dass in beiden Fällen auf die Stellung des Empfängers zu der ästimierten Sache das Urteil zutreffe: emptam habet. Aus der Verwendung der Kaufkonstruktion kann aber immerhin mit grosser Wahrscheinlichkeit geschlossen werden, dass aestimatum instrumentum colonus accipit einen Aestimationsvertrag bedeutet, durch den dem Pächter eine Macht über das Gutsinventar eingeräumt wird, die juristisch als Eigentum zu bezeichnen ist. Aus l. 54 § 2 eod. tit., die gleichfalls Inventarübernahme unter Taxe ohne weiteren Zusatz erwähnt, lässt sich weiter ableiten, dass der Pächter durch jenen Aestimationsvertrag die Gefahr übernimmt. Gegen die Annahme, dass der übliche Aestimationsvertrag den

Pächter ausschliesslich zur Zahlung der Aestimationssumme berechtigt und verpflichtet habe (sei es am Anfang oder am Ende der Pachtzeit), spricht einigermassen der Umstand, dass eine solche Verabredung doch so zweifellos einen Kauf darstellen würde, dass schwerlich ein Jurist ein Wort darüber verloren hätte, ferner die beschränkte Fassung der l. 54 § 2 cit.: aestimationem huius defuncti praestari oportere; immerhin ist letzteres nicht zwingend, da es sich bei l. 54 § 2 cit. offenbar um ein Responsum handelt, die Erwähnung des Todes des Sklaven also möglicherweise nur darin ihren Grund hat, dass der betreffende Sklave schon gestorben war, als Paulus konsultiert wurde. Am meisten hat vielleicht die Vermutung für sich, die Taxierung des Pachtinventars sei bei den Römern in dem Sinn erfolgt, dass der Pächter die Aestimationssumme zu bezahlen hatte, der Verpächter aber sich verpflichtete, auf diesen Betrag Stücke des übergebenen Inventars zurückzunehmen, wenn der Pächter deren Rückgabe der Geldleistung vorziehen sollte. l. 54 § 2 cit. aber, die aus dem Tode des zum Inventar gehörenden Sklaven schlechthin eine Geldersatzpflicht der Pächterin folgert, spricht entschieden gegen die Annahme, dass bei den römischen Pachtverträgen die Aestimierung des Inventars einen der Fälle lediglich beurkundender aestimatio (mit Pflicht oder Recht zur Restitution eines Ersatzstückes) dargestellt habe.

3. l. 18 D. jure dotium 23, 3 Pomponius.

l. 66 § 3 D. sol. matr. 24, 3 Javolenus.

Die beiden Stellen[11]) gehen davon aus, dass eine in Sklaven bestehende Dos unter gewöhnlicher Aestimierung hingegeben worden ist, also (wie später zu zeigen sein wird) in dem Sinn, dass Gegenstand der Restitution schlechthin die Aestimationssumme sein sollte. Nachträglich

---

[11]) Vgl. Bas. 29, 1, 14; Bechmann, DotalR. II, S. 215; Czyhlarz, DotalR., S. 152, 157; Mommsen a. a. O., S. 283, Anm. 25.

(deinde) wurde dann vereinbart, nach Trennung der Ehe durch Scheidung solle der Ehemann nicht Geld, sondern Sklaven zurückgeben. Die Hauptschwierigkeit der Stellen besteht nun in der Auslegung der Worte tantidem aestimata. Ist zu ergänzen ea oder eadem und demgemäss zu übersetzen. »Vereinbarung, dass die (sc. hingegebenen) Sklaven zum gleichen Anschlag zurückgegeben werden sollen«, oder ist zu übersetzen: »Vereinbarung, dass Sklaven (sc. irgendwelche Sklaven) im gleichen Gesamtanschlag wie die hingegebenen zurückgegeben werden sollen« —? Zu der ersteren Auffassung bekennen sich die Basiliken, indem sie die fraglichen Worte so wiedergeben: *συνεφωνήθη τὰ διαιτειμημένα τῆς προικὸς ἀνδράποδα τῆς αὐτῆς τιμῆς ἀποδοθῆναι* — und wohl die Mehrzahl der Schriftsteller, die die beiden Stellen besprechen. Die andere Uebersetzung findet sich z. B. bei Bechmann und Czyhlarz. — Lässt man die Vereinbarung dahin gehen, dass dieselben Sklaven zurückgegeben werden sollen, so scheinen die Worte »quia et mancipia tuo periculo fuerint« unverständlich, denn wenn die Frau die hingegebenen Sklaven zum gleichen Anschlag zurücknehmen muss, auch wenn sie inzwischen durch Alter, Krankheit oder dergleichen entwertet worden sind, so ist damit doch gesagt, dass der Ehemann die Gefahr nicht trägt; man müsste gerade eine unnatürliche Trennung von periculum interitus und periculum deteriorationis zu Hilfe nehmen. Tiefsinniger ist daher zweifellos die andere Uebersetzung. Aber auch sie verwickelt in unlösbare Schwierigkeiten: zwar wäre es dann richtig, dass der Ehemann wie bei einer Fungibiliendos die Gefahr trüge, aber der mit quia beginnende Satz bliebe schief, denn nicht die Gefahrtragung seitens des Mannes, sondern das Bestehen einer lediglich generellen Restitutionspflicht wäre dann der Grund, warum die Frau die Sklavenkinder nicht beanspruchen könnte, und dies wäre so einfach und klar, dass sich ein Streit hierüber und die Consultierung des Labeo kaum erklären liesse.

Die Lösung des Rätsels liegt u. E. in dem zeitlichen Verhältnis des pactum conventum zu der Geburt der Sklavenkinder und zu der Ehescheidung. Wir schliessen uns der Uebersetzung der Basiliken an und erklären die Stelle so: nachdem während der Geltung des ursprünglichen Dotalvertrags mit seiner gewöhnlichen aestimatio dotis Sklavenkinder geboren worden waren, beschlossen die Eheleute, sich zu scheiden; sie vereinbarten jetzt, dass nach dem Vollzug der Scheidung die Ehefrau die einst in dotem gegebenen Sklaven in Natur zurückbekommen und damit für ihren Anspruch auf die Aestimationssumme befriedigt sein solle, ohne Untersuchung darüber, ob die Sklaven seit der Eheschliessung vielleicht etwas mehr oder weniger wert geworden seien (tantidem aestimata). Nach der Ehescheidung verlangte die Ehefrau auf Grund jener Vereinbarung die eingebrachten Sklaven samt deren Kindern heraus, wie sie bei einer von Anfang nichtästimierten Dos hätte beanspruchen können: l. 10 § 2 D. de jur. dot. 23, 3. Es ergab sich nun die Auslegungsfrage — vgl. l. 48 pr. D. leg. II —, ob in der nachträglichen Vereinbarung der Naturalrestitution die Vereinbarung zu finden sei, dass dasjenige zurückgegeben werden müsse, was bei von Anfang nichtästimierter Dos Gegenstand der Rückgabepflicht gewesen wäre, oder ob das Versprechen der Rückgabe der in dotem gegebenen Sklaven wörtlich zu verstehen, also nur auf diese selbst zu beziehen sei. Labeo entscheidet mit einer Billigkeitserwägung; er sagt: bis zu dem Tag, an dem das nachträgliche pactum conventum stattgefunden hat, hat der Ehemann die Gefahr der Sklaven getragen; die in dieser Zeit geborenen Sklavenkinder müssen ihm als Prämie für die Gefahrtragung verbleiben.

Bei dieser Auslegung fällt der obige Einwurf weg, dass die Vereinbarung der Rückgabe in Natur zum Anschlagspreis die Gefahr der Ehefrau auferlege, und ist klar, wie es zu einem Streit über den Umfang der Heraus-

gabepflicht des Ehemanns kommen konnte. Auf der Hand liegt aber auch, dass die beiden besprochenen Stellen, wenn die versuchte Auslegung richtig ist, keinen Fall lediglich beurkundender aestimatio enthalten, vielmehr handelt es sich zunächst um eine ganz gewöhnliche aestimatio dotis (venditionis gratia), und das nachträgliche pactum conventum ist nicht etwa ein neuer, abgeänderter ästimatorischer Vertrag, sondern erklärt im Gegenteil die einstige aestimatio für künftig unwirksam und zur Vertragsabwicklung überflüssig. — Auch wenn Bechmann und Czyhlarz recht hätten, so wäre zu beachten, dass bei dem von Labeo besprochenen Fall die aestimatio und die Verabredung über den Gegenstand der Rückgabe nicht in ursprünglichem Zusammenhang stehen, sondern zufällig zusammengetroffen sind, dass also selbst von dem hier bekämpften Standpunkt aus kein reines Beispiel lediglich beurkundender aestimatio vorläge.

Der Schluss aus dem über l. 52 § 3 D. pro soc. 17, 2, l. 3 D. locati 19, 2, l. 18 D. de jur. dot. 23, 3 u. l. 66 § 3 D. sol. matr. 24, 3 Gesagten ist einfach: die lediglich beurkundende aestimatio ist als eine dem römischen Recht bekannte Erscheinung aus den Quellen nicht zu erweisen. Für die historische Jurisprudenz mag es bei dieser Feststellung sein Bewenden haben; dagegen verdient unser Ergebnis vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus besondere Beachtung wegen seiner Bedeutung für die Frage der Continuität zwischen justinianischem und heutigem deutschem Recht der Aestimationsverträge. Der praktisch wichtigste Fall eines ästimatorischen Nebenvertrags ist heutzutage in Deutschland — wo römisch-rechtliche Dotalverträge schwerlich mehr vorkommen — die Taxierung bei Pachtverträgen (Pacht eines Landguts, einer Gastwirtschaft, eines Warengeschäfts etc.). Die modernen Aestimationsverträge haben aber ganz regelmässig ausschliesslich oder überwiegend beurkundenden Charakter: es soll unter Wahrung der Interessen des Hingebenden dem Empfänger

die durch die wirtschaftlichen Verhältnisse gebotene Bewegungsfreiheit eingeräumt werden, und es nimmt dafür der Empfänger meist die Gefahr auf sich, dagegen ist in den allerwenigsten Fällen ein Kreditgeschäft gewollt derart, dass der Hingebende dem Empfänger die Vertragsgegenstände zu Eigentum überliesse und sich mit einer lediglich persönlichen Forderung auf Rückgabe, sei es gleichartiger Sachen, sei es der Aestimationssumme oder gleichartiger Sachen begnügte. Dass der Verpächter selbst dann, wenn er sich möglichst sicher gestellt hat, auf das gegenüber den übrigen Gläubigern eben sehr wertvolle Vindicationsrecht nicht zu verzichten pflegt, dafür ist ein beachtenswertes Beispiel der Fall, der sich in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 38, S. 66—73 (Urt. d. VI. Civ.Sen. v. 29. Oktober 1896) behandelt findet: obgleich dort der Pächter sich verpflichtet, die Taxsumme für das Gutsinventar bei Beginn der Pachtzeit zu zahlen, so verbietet der Vertrag, der in § 7 von »eigentümlicher« Uebergabe des Vieh- und Wirtschaftsinventars spricht, doch in § 6 u. And. die »Verringerung oder schädliche Veränderung des Viehstandes«, räumt also dem Pächter keine unbeschränkte Herrschaft über das Inventar, sondern nur die wirtschaftlich gebotene Verfügungsmacht ein (leider hat das Reichsgericht die Frage nicht zu entscheiden gehabt, ob auf Grund des betr. Vertrags, dessen Einzelheiten hier nicht wiedergegeben werden können, der Pächter als Eigentümer des Inventars anzusehen sei; wir würden diese Frage verneinen und in der Bezahlung der Taxsumme zu Beginn der Pacht eine Kautionsleistung oder Bestellung eines pignus irregulare erblicken). — Man wird daher anerkennen müssen, dass auf dem heutzutage wichtigsten Gebiete der ästimatorischen Nebenverträge das Corpus Juris uns vollständig im Stiche lässt und auch das etwa durch Gerichtsgebrauch entstandene deutsche Gewohnheitsrecht, wenn überhaupt auf römisch-rechtlicher Grundlage, doch jedenfalls nicht durch wissenschaftliche Fortentwick-

lung des richtig verstandenen justinianischen Rechts, sondern aus einer falschen Auslegung der einschlägigen Corpus-juris-Stellen erwachsen ist.

§ 4.

Die aestimatio als Festsetzung einer etwaigen Ersatzleistung (surrogierende aestimatio.)

An Stelle unmöglich gewordener Naturalrestitution tritt bei Speciesrückgabeverträgen nach römischem Recht Geldleistung, wenn das jene Unmöglichkeit herbeiführende Ereignis nicht zugleich den Rückgabepflichtigen von seiner Rückleistungspflicht befreit. Die Geldersatzpflicht ist entweder Pflicht zur Leistung des Interesses des Rückempfangsberechtigten oder Pflicht zur Leistung des objektiven Sachwerts, je nachdem die Unmöglichkeit der Naturalrestitution und damit die Ersatzpflicht auf einem Verschulden des Rückleistungspflichtigen oder auf seiner Haftung auch für Zufall beruht. Ist Naturalrestitution unmöglich geworden und steht die Ersatzpflicht des Rückleistungspflichtigen fest, so kann immer noch der Betrag der zu erstattenden Geldsumme streitig sein, umso mehr, als mit dem Unmöglichwerden der Naturalrestitution auch die Möglichkeit unmittelbarer Feststellung des Werts des Hingegebenen wegfällt. Dieser für den Fall unmöglicher Naturalrestitution zu gewärtigenden Schwierigkeit zu begegnen, können beim Abschluss eines Rückgabevertrags die Parteien eine aestimatio vornehmen. Diese aestimatio unterscheidet sich von der lediglich beurkundenden dadurch, dass sie die Aestimationssumme nicht nur als Massstab einer Sachleistung unter Ausschluss von Geldleistung verwendet, sondern für die Fälle, in denen das objektive Recht Geldleistung an Stelle der Naturalrestitution treten lässt, in Uebereinstimmung mit diesem Geldleistung vorsieht und

deren Betrag, also unmittelbar den eventuellen Gegenstand der Rückleistung festsetzt. Von den später zu erörternden Fällen der aestimatio (aestimatio venditionis gratia) unterscheidet sie sich dadurch, dass sie die Möglichkeit der Geldrestitution in keiner Weise auf Kosten der Naturalrestitution erweitert, sondern die Pflicht zur Naturalrestitution und zwar als ausschliessliche so bestehen lässt, wie sie vom objektiven Recht bestimmt ist. Die Aestimationssumme ist hier Surrogat, nicht Aequivalent der hingegebenen Sache. Die Fälle dieser surrogierenden aestimatio, wie wir sie kurz nennen wollen, teilen sich in solche ohne und solche mit Hinzufügung einer vertragsmässigen Aenderung des dem betreffenden Rückgabevertrage typischen Haftungsmasses.

I. Wir beginnen mit dem Einfacheren: lassen die Parteien es bei der nach objektivem Recht geltenden Diligenz- etc. Pflicht bewenden, nehmen sie die aestimatio lediglich vor für den Fall, dass nach objektiv-rechtlichen Regeln eine Geldrückleistung notwendig würde, so lässt sich der Zweck der aestimatio dahin zusammenfassen: es soll ein Beweisverfahren über den Wert der hingegebenen Sache, römisch ausgedrückt ein arbitrium litis aestimandae überflüssig gemacht werden (das Recht des jusjurandum in litem bleibt hier natürlich ausser Betracht). — Fragt es sich, wie eine derartige Vereinbarung juristisch zu konstruieren sei, so wird es sich empfehlen, davon auszugehen, wie dieselbe Vereinbarung, abgeschlossen nach Eintritt der Unmöglichkeit der Naturalrestitution, aufzufassen wäre. Einigt sich der Rückleistungspflichtige mit dem Rückempfangsberechtigten über die Höhe der bereits notwendig gewordenen Surrogatgeldleistung, so ist hierin ein Anerkenntnisvertrag zu erblicken, wenn der Zahlungspflichtige der ganzen Forderung des andern stattgiebt, ein Vergleich (Teilanerkenntnis des einen und Teilverzicht des andern), wenn die Einigung auf einen geringeren als den ursprünglich geforderten Betrag erfolgt. Diese Einigung nimmt die

surrogierende aestimatio vorweg, sie ist also ein vorweggenommener Anerkenntnisvertrag oder Vergleich. Ob eine solche Vorwegnahme, durch die die Höhe eines noch nicht vorhandenen und in seiner Entstehung unsicheren Anspruchs festgesetzt wird, rechtlich zulässig ist, darüber finden wir in der Aestimationslitteratur keine Untersuchung; die Gültigkeit scheint allgemein unbedenklich bejaht zu werden und dem wird man sich aus Zweckmässigkeitsgründen anschliessen dürfen, weiss doch jeder Praktiker, dass z. B. — der Fall ist dem unsern allerdings nur ähnlich, nicht gleich — in Prozessen Vergleiche über die Höhe eines Anspruchs unter der Bedingung, dass das Gericht den Anspruch dem Grunde nach bejahen werde, etwas Alltägliches und allgemein Anerkanntes sind.

Gegenstand der Geldrückleistung ist bei den Rückgabeverträgen, die nach objektivem Recht nicht für casus haftbar machen, also ein Verschulden des Empfängers zur Entstehung einer Geldobligation voraussetzen, das Interesse des Rückempfangsberechtigten. Dieses Interesse kann, aber muss sich nicht decken mit dem objektiven Wert der hingegebenen Sache. Deckt es sich damit nicht, so ergiebt sich die Frage nach der Bedeutung der aestimatio für den Umfang der Geldobligation des Rückleistungspflichtigen. Die Antwort wird dahin zu lauten haben: die aestimatio kann in dem Sinn erfolgen, dass durch sie das Interesse des Hingebenden an der Sachrückgabe bestimmt und begrenzt werden soll. Dies wohl meist so, dass die Parteien absichtlich eine den Wert der Sache übersteigende Schätzungssumme vereinbaren, deren Höhe von Vertragsverletzungen abschrecken soll. Dann ist die aestimatio Verabredung einer Konventionalstrafe und zwar jener Art von Konventionalstrafe, die Ersatzleistung und Strafe in einer Summe vereinigt [1]). Zu beachten ist aber,

[1]) Wobei die Meinung der Parteien noch entweder die sein kann, der Gläubiger solle beim Ausbleiben der Sachleistung die Wahl zwischen Interesseforderung und Erfüllungsverlangen haben, oder die,

dass es sich dabei nicht mehr um eine aestimatio rei handelt. — Ebensogut aber können die Parteien mit der aestimatio den Sinn verbinden, dass nur die Sache selbst geschätzt, die eventuelle Ersatzleistung nur, sofern und soweit sie den Wert der Sache zum Gegenstand hat, in ihrer Höhe bestimmt werden soll, so dass etwaige anderweite Interessebeträge neben der Aestimationssumme sollen gefordert werden dürfen. Im Zweifelsfall wird man eine Vermutung für den letzteren Sinn zu Grunde legen müssen, da sonst die aestimatio die Wirkung eines Freibriefs für Vertragsverletzungen annehmen könnte.

Die in Rede stehende Art der aestimatio erreicht ihren Zweck nur dann voll, wenn die Sachhingabe vollständig unmöglich wird. Bei Verschlechterungen bietet sie höchstens einen mittelbaren Anhalt für die Bestimmung der Schadensersatzpflicht des Schuldners. Denn es darf nicht der allgemeine Satz aufgestellt werden, wer durch seine Schuld nicht rem incorruptam zurückgeben könne, müsse die Aestimationssumme bezahlen. Ob das zutrifft, hängt von dem durch Auslegung zu erforschenden Parteiwillen ab, im Zweifel ist die für Hingabe ohne aestimatio geltende gesetzliche Regel anzuwenden, wonach die beschädigte Sache zurückgegeben und nur der Schaden in Geld ersetzt wird.

Nach dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten liegt auf der Hand, dass ein in der ausdrücklichen Absicht, in die Haftungsgrundsätze des objektiven Rechts nicht einzugreifen, geschlossener Aestimationsvertrag an den Rechten und Pflichten der Rückgabevertragsparteien gegen ein-

---

er solle in diesem Falle nur die Strafe fordern können: Windscheid, Pand. II, § 285, Z. 4 b u. c. Aber auch bei der letztgenannten Form der Konventionalstrafe ist der Schuldner wahrhaft und allein zur Sachleistung verpflichtet und berechtigt, er hat kein Wahlrecht, aber allerdings die Macht, die Verwirklichung des primären Obligationsinhalts zu verhindern. Windscheids Fassung (a. a. O. Anm. 16) scheint uns hier nicht ganz unzweideutig.

ander nichts ändert, insbesondere die Gefahr nicht überträgt, dass also von der vorstehend besprochenen Art der surrogierenden aestimatio der Satz aestimatio facit periculum nicht gilt.

II. In zweiter Linie sind die Fälle surrogierender aestimatio zu besprechen, bei denen die Parteien die Haftung des Empfängers dem objektiven Recht gegenüber abändern und zwar steigern. Wir übergehen die Steigerung der Haftung von dolus auf culpa, von gewöhnlicher diligentia auf custodia und dergl., worüber nichts Besonderes zu sagen wäre, und wenden uns zu der weitestgehenden hierher gehörigen Abänderung, zu der Uebernahme der Gefahr des Vertragsgegenstandes seitens des Empfängers[2]). Wird beim Abschluss eines Rückgabevertrags vereinbart, der Empfänger solle auch bei casueller Unmöglichkeit der Sachrückgabe nicht frei werden, sondern dann die Aestimationssumme zu zahlen haben, so wird dadurch — von der Gefahrtragung abgesehen — die Rechtsstellung der Parteien zum Vertragsgegenstand offenbar nicht verändert. Der Empfänger hat deshalb, weil er die Gefahr übernommen hat, keine weitergehenden Befugnisse an der Sache, sofern sie ihm nicht besonders eingeräumt werden, er hat keinen Anspruch auf Früchte, (wenn dies nicht in der Art des Vertrags liegt) oder auf Accessionen[3]). Die Diligenzpflicht bleibt dieselbe, wie ohne aestimatio, eine Verfehlung dagegen verpflichtet, sofern nicht die aestimatio auch für diesen Fall als Ersatzleistungsgegenstand festgesetzt ist, zur Leistung des Interesses, wobei selbst dann, wenn das Interesse sich auf den objektiven Sachwert beschränkt, der Rückleistungspflichtige nicht ohne weiteres durch Zahlung der Aestimationssumme seiner Verpflichtung genügt, da die für den Fall eines casus berechnete Aestimationssumme absichtlich nieder

[2]) Vgl. Chambon a. a. O., S. 12 ff.; Bechmann, Kauf II, S. 560.

[3]) Ueber die Zuteilung der partus ancillarum an den Ehemann in l. 18 D. J. D. de 23, 3 und ihre Begründung s. oben § 3.

angesetzt sein kann, um dem Empfänger nicht das ganze periculum aufzuladen. Durch Eintritt der Verbindlichkeit, die Aestimationssumme zu bezahlen, werden ferner, wie Bechmann a. a. O. S. 561 richtig hervorhebt, etwaige sonstige Verbindlichkeiten des Empfängers an sich nicht berührt: wer z. B. zur Fastnacht vom Maskenverleiher ein Kostüm mietet und nachher den Wert des in seinem Gebrauch ruinierten Kostüms ersetzen muss, hat sicher daneben die Miete auch noch zu bezahlen, denn der Verleiher wird geltend machen, dass er bei Verleihung an eine andere Person, bei der das Kostüm nicht ruiniert worden wäre, jetzt sowohl das Kapital als den Zins hätte. — Die Rückgabeverpflichtung hat die Sache selbst und nur diese zum Gegenstand; die Aestimationssumme kann, so lange kein casus eingetreten ist, statt der Sache weder gefordert, noch wirksam angeboten werden. Es besteht keine Alternativobligation, sondern in jedem Augenblick nur Eine einfache Verbindlichkeit: vor dem casus nur die auf die Sache, nach dem casus nur die auf die Aestimationssumme. In diesem letzten Punkt liegt der einzige Unterschied von einem ganz gewöhnlichen Rückgabevertrag: die Voraussetzungen der Restitutionspflicht sind erweitert. Diese wird durch einen Unfall, der den Obligationsgegenstand trifft, nicht aufgehoben; das Eintreten dieser Eventualität lässt vielmehr gerade eine neue Obligation entstehen, und zwar eine nicht nur in abstracto sondern — durch die aestimatio — im voraus auch schon in concreto bemessene Obligation. Diese Eventualobligation, wie wir sie kurz nennen können, ist bedingt durch den casuellen Untergang der zunächst bestehenden Prinzipalobligation.

Hiemit ist aber die Voraussetzung, unter der es zur Zahlung der Aestimationssumme kommt, noch nicht genügend bestimmt. Es fragt sich, ob die Naturalrestitution schon dann für unmöglich anzusehen sei, wenn die Sache auch nur teilweise vernichtet, d. h. verschlechtert ist, ob

also die Eventualobligation schon Platz greife, wenn nicht mehr res incorrupta zurückgegeben werden könne. — Diese Frage berührt sich, fällt aber nicht zusammen mit der anderen, ob der Empfänger nur das periculum interitus oder auch das periculum deteriorationis trage. Verpflichtet schon die Verschlechterung der Sache zur Zahlung der Aestimationssumme, so ist damit natürlich dem Empfänger auch das periculum deteriorationis aufgebürdet; aber es folgt nicht umgekehrt, wenn er das periculum deteriorationis zu tragen hat, daraus auch schon, dass dieser Effekt gerade auf jenem Weg herbeizuführen sei. — Es braucht kaum betont zu werden, dass über beide Fragen die Bestimmungen des Vertrags, wenn solche bestehen, ausschliesslich entscheiden, dass es sich also nur um das im Zweifel Anzunehmende handelt. — Bezüglich der ersten Frage erscheint es ganz allgemein als das natürlichere, dass periculum interitus und periculum deteriorationis nicht von verschiedenen Personen getragen werden; besonders aber bei einem zum Zweck der Gefahrübertragung eigens modificierten Vertrag wird als Parteiabsicht zu vermuten sein, dass der Betreffende nicht nur gegen den äussersten, sondern gegen jeden Schaden gesichert sein solle (ebenso wie bei einem selbständigen Versicherungsvertrag). Wir sehen also in der hier behandelten Art der aestimatio im Zweifel eine Uebernahme aller Gefahr. Die Quellen beweisen weder für, noch gegen unsere Annahme: weder darf aus den Worten der l. 54 § 2 D. locati 19, 2: defuncti servi aestimationem praestari oportere gefolgert werden, dass der Empfänger nur das periculum interitus trage, da diese Worte auch bloss beispielsweise gemeint sein können, noch das Gegenteil aus l. 50 D. sol. matr. 24, 3, in der es sich um eine ausdrückliche Vertragsbestimmung handelt[4]).

[4]) In l. 5 § 3 D. commodati 13, 6 bezieht sich omne periculum natürlich nicht auf den Gegensatz von periculum interitus und peri-

Was die andere Frage anlangt, wie die Tragung des periculum deteriorationis zu verwirklichen sei, so erscheint es fast als zu weitgehend, dass jeder Schaden mittels Zahlung der Aestimationssumme sollte getragen werden. Andererseits wird der praktische Wert der aestimatio ziemlich herabgemindert, wenn man annimmt, bei jeder Verschlechterung sei die Sache selbst zurückzugeben und nur die Wertsverminderung in Geld zu erstatten. So liegt der Gedanke nahe, für totalen Untergang und bedeutende Verschlechterungen mit Zahlung der Aestimationssumme schlechthin, für geringere Beschädigungen nur mit Ersatz der Wertsverminderung in Geld haften zu lassen, womit allerdings auf den vagen Unterschied von erheblichen und unerheblichen Verschlechterungen abgestellt wird. Die Quellen geben keinen sicheren Anhalt: l. 54 § 2 D. locati und l. 50 D. sol. matr. 24, 3 kommen aus dem oben genannten Grunde nicht in Betracht; und wenn l. 11 D. de jur. dot. 23, 3 auch ganz allgemein sagt: Sane et deteriorem factam reddere poterit, so sind doch Entscheidungen aus dem ehelichen Güterrecht auf andere Vertragsverhältnisse nicht ohne weiteres übertragbar, da sie vielfach auf einer Berücksichtigung des besonderen persönlichen Verhältnisses der Beteiligten zu einander beruhen und nur damit zu rechtfertigen sind.

Von dieser zweiten Art surrogierender aestimatio gilt, wenn man den Aestimationsvertrag als Ganzes nimmt, allerdings der Satz aestimatio facit periculum; insofern er aber zusammengesetzt ist aus vertragsmässiger Gefahrübernahme einerseits, aestimatio i. e. S. andererseits, ist das Verhältnis von aestimatio und periculum das: der Empfänger trägt nicht die Gefahr des Vertragsgegenstandes,

---

culum deteriorationis. — Die Worte Sane et deteriorem factam reddere poterit der l. 11 D. de jur. dot. 23, 3 brauchen nicht, wie Czyhlarz, DotalR., S. 161 u. Glück, Comm., Bd. 25, S. 28/29 annehmen, zu bedeuten, dass die beschädigte Sache ohne Ersatz des Minderwerts zurückgegeben werden dürfe.

weil dieser geschätzt wird, sondern dieser wird geschätzt, weil die Gefahr übernommen wird.

Zum Schluss ist eine Konstruktionsfrage zu berühren. Chambon (a. a. O. S. 12) hält das Ergebnis, dass der Empfänger bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution eine Geldrückleistung macht, für unvereinbar mit dem Wesen der Rückgabeverträge und konstruiert es daher als Zahlung eines Kaufpreises auf Grund folgender Auffassung: durch die aestimatio wird eine condicionalis venditio geschaffen, deren Bedingung der Untergang der Kaufsache ist. Vor Eintritt eines casus besteht ein gewöhnlicher reiner Rückgabevertrag, im Augenblick des casus aber geht dieser ipso jure völlig unter[5]); die Zahlung der Aestimationssumme erfolgt nicht auf Grund des ursprünglichen Rückgabevertrags, sondern auf Grund des durch den casus existent gewordenen Kaufs. Dieser gekünstelten Chambonschen Konstruktion — Kauf unter der Bedingung der Nichtexistenz der Ware! — ist für die meisten Fälle jegliche Berechtigung abzusprechen. Steht, wie Chambon selbst ausführlich darthut, das pactum der Gefahrübernahme mit dem Wesen der Rückgabeverträge nicht in Widerspruch, so kann dies auch von dem Vollzug des pactum nicht gelten. Vielmehr ist daran festzuhalten, dass die Leistung der Aestimationssumme in diesen Fällen Vollzug des Rückgabevertrags ist, freilich ein abnormer Vollzug. Und dieser Vollzug wird erzwungen einzig mit der Klage aus dem betreffenden Rückgabevertrag: actio commodati, depositi etc. (s. darüber unten § 7). — Nur dann ist die Chambonsche Konstruktion nicht ohne weiteres zu verwerfen, wenn für den Fall eines casus neben dem Versprechen der Aestimationssumme noch andere Verabredungen bestehen, die dem Wesen des bei normalem Verlauf gewollten Geschäfts widersprechen. Ein solcher Fall liegt vor, wenn bei der Sachmiete vereinbart wird,

[5]) Chambon a. a. O., S. 21; dagegen Bechmann a. a. O., S. 560.

dass der Mieter die Gefahr der gemieteten Sache tragen, nach deren Untergang aber nicht Wertersatz und Mietzins, sondern nur ersteren zu leisten haben solle. Hiervon handelt Gai III, 146; und der Verzicht auf Schweissgeld für die getöteten Gladiatoren ist es u. E. allein, was den Gaius zur Annahme einer condicionalis venditio veranlasst. Bei dieser Sachlage erscheint es allerdings nicht abwegig, einen bedingten und für den Fall seines Existentwerdens mit Rückwirkung begabten Kaufvertrag anzunehmen: wenn ein casus eintritt, soll alles so gehalten werden, wie wenn von Anfang an nur ein reiner Kaufvertrag abgeschlossen worden wäre. Unter anderen Umständen aber, z. B. wenn die surrogierende aestimatio mit Gefahrübernahme einem Hinterlegungs- oder Leihvertrag beigefügt ist, erscheint die Konstruktion eines Kaufs unter der Bedingung si res perierit ebenso unnötig als schief und ohne jeden Anhalt in den Quellen.

III. Sucht man im Corpus Juris (von Gai III, 146 ist schon gesprochen worden) nach Beispielen von surrogierender aestimatio, so können nach Ausschluss der Stellen, die von ausschliesslicher oder alternativer Geldrestitution handeln (s. §§ 5 u. 6), nur in Betracht kommen l. 5 § 3 D. comm. 13, 6; l. 52 § 3 D. pro soc. 17, 2; l. 3 u. l. 54 § 2 D. loc. 19, 2; l. 69 § 7 D. de jure dot. 23, 3; l. 32 pr. D. de pact. dot. 23, 5; l. 50 D. sol. matr. 24, 3; l. 21 C. de jure dot. 5, 12; l. 1 C. sol. matr. 5, 18.

1. l. 5 § 3 D. commodati 13, 6 Ulpianus[6]).

Vermöge allzu wörtlicher Uebersetzung ist diese Stelle mitunter dahin verstanden worden, sie spreche von einer

---

[3]) Vgl. Bas. 13, 1, 5; Glück, Comm., Bd. 4, S. 389, Bd. 13, S. 434 ff.; Windscheid, Pand. II, S. 382; Sintenis, Pand., 3. Aufl. II, § 111, S. 557; Hasse, Culpa, 2. Ausg., S. 216; Mommsen a. a. O., S. 279; Unterholzner, Recht der Schuldverh., I, § 138, Anm. 9; Thes. Meermann, III, 546 sqq. (Prousteau), IV, 58 sqq. (Avezan); Chambon a. a. O., S. 15 ff.; Brinz, Pand. II, S. 596 Anm. 32, II S. 315 Anm. 24, IV, S. 191, Anm. 13; Cuiacius ad tit. XXIII de Comm. lib. IV. Cod.

sofort nur auf Geld gerichteten Obligation (so Sintenis). Dass dies irrig ist, bedarf kaum des Beweises: das wäre ja offensichtlich ein Kauf und betreffs einer Sache, die man kauft, braucht man sich nicht noch obendrein durch einen Leihvertrag die Gebrauchsbefugnis zu verschaffen. Heute kann es als die herrschende Ansicht bezeichnet werden, dass der Sinn der Worte qui aestimationem se praestaturum recepit der sei, dass der Empfänger sich verpflichtet habe, eventuell die Aestimationssumme zu leisten. Wenn mehrere Schriftsteller (Glück, Windscheid) von einer Verpflichtung zur Rückerstattung der Sache oder der Aestimationssumme sprechen, so wird dies wohl ein nicht ganz genauer Ausdruck für die hier vertretene Ansicht sein. Die Annahme einer wirklichen Alternativobligation lässt sich zwar nicht unbedingt als falsch erweisen; immerhin widersprechen ihr die Worte aestimationem se praestaturum, die am natürlichsten auf die surrogierende aestimatio bezogen werden, bei der jederzeit nur Eine Sache in petitione und in solutione ist: die res vor-, die Geldsumme nach dem casus. Unrichtig ist endlich auch die Ansicht, der Commodatar trage in l. 5 § 3 cit. doch nicht omne periculum im Sinne der Haftung für casus, sondern eine levissima culpa sei immerhin Voraussetzung der Geldzahlung (Unterholzner a. a. O. unter Verweisung auf l. 17 § 1 D. praescr. verb. 19, 5). Offenbar stellt die l. 5 § 3 cit. omne periculum der omnis culpa gegenüber. — Davon, ob Ulpian und der von ihm genannte Skävola bei der aestimatio der l. 5 § 3 cit. eine ausdrückliche Gefahrübernahme voraussetzen oder zu deren Annahme durch Auslegung gelangen, wird später (s. § 8) die Rede sein.

2. l. 52 § 3 D. pro socio 17, 2[7]) ist schon im vorigen Paragraphen besprochen worden; es ist nur noch zu betonen, dass die aestimatio des pecus pascendum nicht als

[7]) Die Litteratur s. oben § 3.

surrogierende aestimatio mit ausdrücklicher Erhöhung der Haftung auf custodia im technischen Sinn zu verstehen ist; vielmehr ist hier die Entscheidung, dass der Empfänger die Pflicht zur custodia habe, aber nicht die Gefahr trage, zweifellos ein Auslegungsergebnis und zwar ein nur für diesen Fall gültiges, weshalb Chambon a. a. O. S. 11 mit Unrecht aus l. 52 § 3 cit. eine besondere Art der aestimatio ableitet: Abschätzung ohne Absicht der Veräusserung und mit der Wirkung, die Haftung von gröberem Verschulden auf allen Fleiss im Bewahren auszudehnen.

3. l. 3 D. locati 19, 2 (Litteratur s. § 3). l. 54 § 2 eodem Paulus[8]).

Nach dem in § 3 Ausgeführten haben wir keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass l. 3 cit. von surrogierender aestimatio handelte; vielmehr spricht manches dagegen. Umgekehrt scheint l. 54 § 2 cit. auf den ersten Blick ein unzweifelhaftes Beispiel von surrogierender aestimatio mit Gefahrübernahme zu sein, da sie an den Tod des ästimierten Sklaven (casus) die Folge des Geldersatzes knüpft. Vergegenwärtigt man sich aber, dass wir keine theoretische Erörterung, sondern ein Responsum vor uns haben, dass die Worte huius defuncti sich auf die zur Zeit der Konsultierung des Paulus bereits eingetretene Gestaltung des concreten Falls beziehen können, so lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen, dass in l. 54 § 2 cit. die Aestimationssumme nur als eventueller, nicht als alternativer Restitutionsgegenstand gedacht ist. Dagegen widerspricht die Fassung des Paulianischen Responsums (insbesondere die

---

[8]) Vgl. Bas. 20, 1, 53; Glück, Comm., Bd. 17, S. 487 ff.; Arndts, Pand., S. 531; Brinz, Pand. II, S. 758, Anm. 33, II, S. 315, Anm. 24; Windscheid, Pand. II, S. 458, Anm. 22; Seuffert, Pand., § 329, Anm. 1; Sintenis, Pand., 2. Aufl., II, S. 647; Wächter, Pand. II, S. 477; Sell im Arch. f. civ. Pr., Bd. 19, S. 306; Chambon a. a. O., S. 12 ff., 21; Mommsen a. a. O., S. 278; unverständlich Cuiacius VI, pag. 534.

Worte et ideo) entschieden der Annahme einer aestimatio mit ausschliesslicher Geldrestitutionspflicht.

4. l. 69 § 7 D. de jure dotium 23, 3 Papinianus[9]).

Diese Stelle wird überall in erster Linie als Quellenbeleg für die aestimatio taxationis gratia genannt; damit ist bei der oben (§ 2) erörterten Verschiedenheit der Terminologie über den ihr zugeschriebenen Sinn wenig gesagt. Es ist aber hervorzuheben, dass Schriftsteller wie Chambon und Windscheid, die unter aestimatio taxationis gratia ausdrücklich das verstehen, was wir surrogierende aestimatio ohne Gefahrübernahme nennen, die l. 69 § 7 cit. als Beispiel der aestimatio taxationis gratia anführen. Dies stellt sich bei genauerer Untersuchung als nicht hinlänglich begründet heraus. Keines Beweises allerdings bedarf es, dass l. 69 § 7 cit. weder von lediglich beurkundender aestimatio, noch von derjenigen aestimatio handelt, die die Aestimationssumme als ausschliessliches oder alternatives Restitutionsobjekt festsetzt (aestimatio venditionis gratia). Es kann deshalb als sicher gelten, dass an surrogierende aestimatio gedacht ist. Dagegen ist nicht bewiesen, dass l. 69 § 7 cit. surrogierende aestimatio ohne Gefahrübernahme zum Gegenstand hat. Treffen etwa auf die Ausmachung, der Ehemann solle die Dotalsachen selbst und nur bei Unmöglichkeit, aber auch bei zufälliger Unmöglichkeit der Naturalrestitution die Aestimationssumme zurückerstatten — treffen auf diesen Nebenvertrag die Worte cum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit nicht ganz ebenso zu wie auf surrogierende aestimatio ohne Gefahrübernahme? l. 69

[9]) Vgl. Bas. 29, 1, 65; Glück, Comm., Bd. 25, S. 26; Arndts, Pand., S. 669; Sintenis, Pand., 2. Aufl., III, S. 33; Windscheid II, S. 787, Anm. 7; Unterholzner a. a. O., II, § 539; Bechmann, DotalR., II, S. 225/26; Czyhlarz, DotalR., 261; Chambon a. a. O., S. 11. Als stillschweigende Gefahrübernahme aufgefasst von Brinz, Pand. II, S. 315, Anm. 24; ebenso scheints von Donellus, De Jure Civili, lib. IV, cap. VII, VII.

§ 7 cit. ist daher kein sicherer Quellenbeleg für die aestimatio taxationis gratia im Chambon-Windscheidschen Sinn. Andererseits geht es u. E. zu weit, wenn Brinz a. a. O. in dieser Stelle eine stillschweigende Gefahrübernahme findet; vielmehr kommt es dafür, ob eine venditio oder nur eine summae declaratio vorliegt, lediglich darauf an, dass Naturalrestitution vereinbart worden ist, und deshalb darf man weder in den Satz cum . . . placuit etwas anderes hineinlegen, noch aus ihm etwas anderes herauslesen, als was Papinians Worte sagen. Ueber etwaige anderweite Ausmachungen neben der Vereinbarung der Naturalrestitution brauchte Papinian nichts zu sagen und wollte er u. E. mit den Worten cum res aestimatas reddi placuit nichts sagen.

5.—8. l. 32 pr. D. de pactis dotalibus 23, 4 Javolenus;

l. 50 D. soluto matrimonio 24, 3 Scaevola[10]);

l. 21 C. de jure dotium 5, 12 Impp. Diocletianus et Maximianus[11]);

l. 1 C. soluto matrimonio 5, 18 Impp. Severus et Antoninus.

Jedenfalls zwei von diesen vier Stellen: l. 32 pr. cit. und l. 1 C. cit. behandeln denselben Thatbestand: ursprünglich eine gewöhnliche dos aestimata data, d. h. Dosbestellung mit Bestimmung der Aestimationssumme zum ausschliesslichen Gegenstand der Rückleistung (s. § 5), dann nachträglich ein pactum der Eheleute dahin, es sollen doch die hingegebenen Sachen in Natur zurückgegeben werden. Und zwar wird beidemal von der Frau auch

---

[10]) Vgl. Bas. 28, 8, 48; Cuiacius IX, 539; Dernburg, Pand. III, S. 29, Anm. 9; Windscheid, Pand. II, S. 787, Anm. 7; Unterholzner a. a. O., § 539; Bechmann, DotalR. II, S. 225, Anm. 1; Donellus l. c. IV, VII, VII.

[11]) Vgl. Bas. 29, 1, 108; Glück, Comm., Bd. 25, S. 27; Sintenis, Pand. III, S. 33; Brinz, Pand. II, S. 315, Anm. 24; Windscheid, Pand. II, S. 787, Anm. 7; Bechmann, DotalR. II, S. 225/6; Czyhlarz, DotalR., S. 261: Chambon a. a. O., S. 11. Eigentümlich Donellus XIV, VII, § VII.

wieder die Gefahr der Dotalsachen übernommen, in l. 32 pr. cit. durch die ausdrückliche Bestimmung ut eodem pretio vir fundum restitueret, in l. 1 C. cit. durch die Worte si exstarent, was hier, wie in l. 50 D. sol. matr. 24, 3 nicht das Vorhandensein im Vermögen der Eheleute, sondern das Existieren im Gegensatz zum Verbrauchtsein, Untergegangensein bedeutet. Bei diesem Inhalt der l. 32 cit. und l. 1 C. cit. kann keine Rede davon sein, dass diese Stellen von surrogierender aestimatio handelten; vielmehr sprechen sie von der — vollständigen — Rückgängigmachung einer gewöhnlichen aestimatio dotis (venditionis gratia).

Auch bei den beiden andern Stellen ist es wahrscheinlich, dass das pactum, die pactio, ut ipsae res restituerentur, als eine nachträgliche Vereinbarung nach ursprünglicher gewöhnlicher aestimatio dotis zu verstehen ist. Allein ein sicherer Beweis wird nicht zu erbringen sein, denn es erscheint philologisch nicht unmöglich, das aestimatis rebus in dotem datis der l. 50 cit. als einen Dativ, abhängig von intercessit, aufzufassen und zu übersetzen: bei der Dosbestellung unter aestimatio wurde das pactum hinzugefügt . . . Ebenso wird man bei l. 21 C. cit. aus den Worten species aestimatae nicht zwingend schliessen können, dass die Dotalsachen zur Zeit des pactum schon taxiert waren, das pactum also eine nachträgliche Vereinbarung darstellt (darüber, dass in dem Wort interponere der Begriff des Nachträglichen nicht enthalten ist, vgl. l. 12 § 1 D. de pact. dot. 23, 4). — Bezüglich der l. 21 C. cit. ist übrigens die Frage, ob gleichzeitiges oder nachträgliches pactum, für unsere Untersuchung ganz unerheblich: liegt ein nachträgliches pactum vor, so gilt von l. 21 C. cit. dasselbe, wie von l. 32 pr. cit. und l. 1 C. cit.; muss man das pactum als ein mit der aestimatio dotis zeitlich zusammenfallendes ansehen, so ist seine Bedeutung die, dass es die Wirksamkeit der aestimatio von fünfjähriger Dauer der Ehe abhängig macht derart, dass

die Dos in den ersten fünf Jahren eine schlechthin nicht-ästimierte (Naturalrestitutionspflicht, Gefahr der Frau) nach dieser Zeit aber eine im gewöhnlichen Sinn ästimierte Dos (d. h. dos venditionis gratia aestimata) ist. Surrogierende aestimatio liegt also keinesfalls vor.

In l. 50 cit. dagegen läge allerdings, das pactum als gleichzeitiges vorausgesetzt, surrogierende aestimatio und zwar mit Gefahrübernahme seitens des Ehemanns vor: dieser verpflichtet sich zur Rückgabe der noch vorhandenen[12]) Sachen in Natur, soweit sie beschädigt sein sollten, unter Ersatz ihres Minderwerts, für den Fall der Unmöglichkeit der Naturalrestitution aber zur Zahlung der Aestimationssumme. — Ist das aestimatis rebus in dotem datis als ablativus absolutus, das pactum demgemäss als nachträgliches aufzufassen, so steht l. 50 cit. den drei andern Stellen gleich mit dem Unterschied, dass in l. 50 cit. die Ehefrau nicht auch die Gefahr wieder auf sich übernimmt, sondern diese auf dem Mann lasten und insofern auch die aestimatio von Bedeutung bleibt, allerdings nach anderer Richtung als seither, nämlich von nun an nur als surrogierende aestimatio.

IV. Passt auf die surrogierende aestimatio, wie wir sie genannt haben, die Bezeichnung aestimatio taxationis gratia oder die andere: aestimatio venditionis gratia? Die Antwort ist bei der surrogierenden aestimatio ohne Gefahrübernahme einfach: diese aestimatio will lediglich den Leistungsbetrag, der in thesi feststeht, auch in hypothesi zum voraus ausser Streit setzen, verdient daher ganz wohl den Namen aestimatio taxationis gratia. — Die surrogierende aestimatio mit Gefahrübernahme hat als Ganzes genommen nicht bloss den Zweck, den Betrag der Geldleistung festzusetzen, sondern sie berührt die Voraussetzungen, unter denen es zur Geldleistung kommt; auf sie erscheint daher

[12]) Um die Auslegung des Worts exstare dreht sich Skävolas Untersuchung.

zunächst der Name aestimatio taxationis gratia nicht anwendbar. Beachtet man aber, dass in der surrogierenden aestimatio mit Gefahrübernahme zwei selbständige Nebenverträge vereinigt sind, die Gefahrübernahme und die Festsetzung der etwaigen Ersatzleistung, stellt man demgemäss gegenüber: Rückgabevertrag mit Gefahrübernahme ohne aestimatio und Rückgabevertrag mit Gefahrübernahme und mit aestimatio, so kommt man zu dem Ergebnis, dass bei der surrogierenden aestimatio mit Gefahrübernahme die aestimatio i. e. S. eben auch nichts anderes bezweckt, als über einen in abstracto bestimmten Leistungsbetrag (objektiver Sachwert) auch in concreto eine Einigung herbeizuführen. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, die Bezeichnung aestimatio taxationis gratia auch auf die surrogierende aestimatio mit Gefahrübernahme zu erstrecken. Andernfalls stünde sie für die hergebrachte Terminologie in der Luft, denn mit welchem Recht könnte man ihr den Namen aestimatio venditionis gratia zubilligen, wenn man nicht gerade mit Chambon an dem Kauf unter der Bedingung si res perierit festhalten wollte?

Wir haben bei dieser unerquicklichen terminologischen Frage deshalb länger verweilt, weil das Ergebnis der vorstehenden Erörterung uns in den Stand setzt, einen der Gründe für die oben (§ 2) angedeutete Verworrenheit in der Aestimationslitteratur zu erfassen: es ist festzustellen, dass sowohl auf die lediglich beurkundende aestimatio als auf beiderlei Arten der surrogierenden aestimatio die Bezeichnung aestimatio taxationis gratia anwendbar ist; und doch sind dies Aestimationsverträge von ganz verschiedener Bedeutung und rechtlichen Tragweite. Das erklärt es, dass der eine Schriftsteller der aestimatio taxationis gratia diese Wirkung beilegt, der andere die entgegengesetzte, wobei noch obendrein jeder, wenn er sich nur über seinen Begriff von aestimatio taxationis gratia hübsch ausschweigt, davor gesichert ist, einer Unrichtigkeit überführt zu werden. Vielleicht am belehrendsten in dieser Richtung ist

das Beispiel von Begriffsverwirrung, das Glück im Band 17 seines Pandektenkommentars liefert; er sagt in § 1059 auf S. 490 von der aestimatio taxationis causa: »in diesem Fall besteht die Verbindlichkeit des Pächters bloss darin, ebensoviel Inventarienstücke von jeder Sorte . . . zurückzuliefern. Der Pächter muss das Gutsinventarium in dem Stande, wie er es bekommen hat, erhalten und an die Stelle der verdorbenen oder abgenutzten Stücke . . . . . andere Stücke von gleicher Güte anschaffen«. Und auf Seite 495 ist zu lesen: »Ist die aestimatio bloss taxationis causa geschehen, so giebt der Pächter die noch vorhandenen Inventarienstücke bei Endigung des Pachts zurück, wenn sie auch durch Gebrauch und Alter jetzt schlechter geworden wären, und er braucht dafür nichts zu vergüten.« — Das eine Mal wird also als Folge der aestimatio taxationis gratia eine rein generelle Restitutionspflicht genannt, das andere Mal Pflicht zur Rückgabe in specie; das eine Mal wird aus ihr die Haftung des Pächters für zufällig verdorbene Inventarienstücke (periculum) abgeleitet, das andere Mal soll sie den Pächter berechtigen, die schlechter gewordenen Stücke ohne Vergütung des Minderwerts zurückzugeben. Der Widerspruch zwischen der früheren und der späteren Ausführung Glücks ist aber u. E. sofort gehoben, wenn man unter aestimatio taxationis causa auf S. 490 lediglich beurkundende aestimatio, auf S. 495 surrogierende aestimatio versteht.

§ 5.

Die substituierende oder umsatzvermittelnde aestimatio.

I. Es ist endlich noch eine dritte Art der aestimatio zu erörtern. Die aestimatio hat weder lediglich beurkundende, noch surrogierende Bedeutung, wenn die Par-

teien die Sache, über die sie einen Rückgabevertrag abschliessen (wenigstens dem Namen nach), in dem Sinn abschätzen, dass Gegenstand der Rückgabe nicht die hingegebene Sache, sondern schlechthin die Aestimationssumme sein solle. Diese aestimatio surrogiert nicht nur für den Notfall der Restitutionsobligation einen neuen Gegenstand, sondern sie substituiert unbedingt einen solchen; wir können sie daher vorerst substituierende aestimatio nennen.

Ehe von den denkbaren Anlässen und dem rechtlichen Charakter einer derartigen Vereinbarung die Rede sein kann, muss zur Begrenzung des Gegenstands der nachfolgenden Erörterung eine verwandte rechtliche Erscheinung erwähnt werden: wenn mit einem Rückgabevertrag ein befristeter Kauf über den Gegenstand des Rückgabevertrags derart verbunden wird, dass die Fälligkeit des Kaufvertrags mit dem Endzeitpunkt des Rückgabevertrags zusammentrifft[1]) (wenn z. B. jemand ein Haus auf 1. Januar 1901 kauft und es von jetzt bis dahin mietet), so tritt hier auch nach Beendignng des Rückgabevertragsverhältnisses an die Stelle der Sachrückgabe die Bezahlung der vereinbarten Geldsumme. Allein hier hat die Leistung der Geldsumme mit dem Rückgabevertrag nichts zu schaffen; Rückgabevertrag und Kauf gehen ganz getrennte Wege, und nur die Besonderheit findet statt, dass derjenige, der die Sache kraft Rückgabevertrags in Händen

[1]) Man könnte einwenden, einer solchen Verbindung von Leihe und Kauf, Miete und Kauf werde Kauf mit Stundung des Kaufpreises ohne Verzinsung (entsprechend der Leihe) oder mit Verzinsung (entsprechend der Miete) vorgezogen werden. Allein wenn der Verkäufer nicht kreditieren will, sind in den Rechtsgebieten, die keinen Eigentumsvorbehalt beim Kauf anerkennen, die angedeuteten Verbindungen von Rückgabevertrag und befristetem und durch Barzahlung bedingtem Kauf das einzige Mittel, dem zur Barzahlung unfähigen Käufer die Kaufsache ohne rechtliche Gefährdung des Verkäufers sofort zu verschaffen.

hat, sie nicht zurückzugeben braucht[2]), weil der Andere als Verkäufer sie ihm sofort wieder übergeben müsste, dass andererseits keine Tradition auf Grund des Kaufs stattfindet, weil der Käufer die Sache schon vorher in Händen hat. Irgend welche praktischen oder theoretischen Schwierigkeiten macht diese Verbindung zweier Verträge nicht. Ihre praktische Bedeutung liegt darin (vgl. Anm. 1), dass sie das Eigentum nicht mit der Hingabe der Sache, sondern erst später mit Eintritt der Geldleistung auf den Empfänger übergehen lässt. Nicht von dieser rechtlichen Gestaltung ist zu handeln, sondern von dem Fall, dass die Parteien nur von einem Rückgabevertrag sprechen und in Form eines Nebenvertrags dazu die unbedingte Restitution der Aestimationssumme vereinbaren.

II. Eine Vergleichung von l. 8 C. si cert. pet. 4, 2 mit l. 7 D de usufr. ear. rer. 7, 5 und ähnlichen Stellen zeigt, dass die Verabredung, es solle statt der hingegebenen Sache die Aestimationssumme zurückgegeben werden, bei Rückgabeverträgen in zweifacher Weise auftreten kann. Der Unterschied zwischen beiden Arten lässt sich vielleicht dahin fassen: entweder ist die hingegebene Sache selbst geeignet, dem Zweck zu dienen, zu dem der Rückgabevertrag geschlossen wird (z. B. sind bei dos aestimata die ästimiert hingegebenen Sklaven, Haushaltungsgegenstände u. s. w. selbst unmittelbar eine Erleichterung der onera matrimonii) und mit der aestimatio ist dann lediglich eine Besonderheit bezüglich der Rückgabe aus irgend welchen Gründen beabsichtigt; oder aber ist das, was der Empfänger

---

[2]) Sofern es zum Vollzug des Kaufs kommt. Fällt dieser wegen Ungültigkeit, Konkursausbruchs oder dergl. weg, so tritt einfach die Rückgabepflicht wieder ein. Ebenso bei Nichtbezahlung des Kaufpreises am Fälligkeitstag; mit der Einrede, dass er die Sache gekauft, also ihren Besitz anzusprechen habe, unterläge der Innehabende gegenüber der replica non adimpleti contractus; er könnte den Besitz ohne Preiszahlung so wenig behaupten, als er ihn, wenn noch nicht tradiert wäre, beanspruchen könnte.

anstrebt, Geld, sollte also ein Vertrag über Hingabe und Rückgabe von Geld geschlossen werden und wird die den Zwecken des Empfängers nicht unmittelbar zu dienen geeignete Sache nur dazu hingegeben, damit der Empfänger sie zu Geld[3]) mache, das dann auch naturgemäss den Gegenstand der Rückleistungspflicht bildet. Im ersteren Fall betrifft die Abnormität die Abwicklung eines Speciesrückgabevertrags, im letzteren die Einleitung eines Genusrückgabevertrags.

III. Bei welchen Verträgen und aus welchen Gründen ist die substituierende aestimatio denkbar?

1. Ein Blick auf benannte und unbenannte Rückgabeverträge des römischen Rechts zeigt, dass die substituierende aestimatio als Einleitung eines Genusrückgabevertrags eben nur beim Darlehen, bei dem sie von den Quellen erwähnt wird (l. 8. C. si cert. pet. 4, 2), und etwa noch bei der Dosbestellung denkbar ist[4]). Und der einzige mögliche Anlass für diese aestimatio ist offenbar der Mangel an barem Geld auf Seiten des Hingebenden.

2. Veranlassung zu der andern Art substituierender aestimatio könnte z. B. der Wunsch sein, die, besonders nach langer Zeit, schwierigen Beweise der Identität, des früheren Werts, des früheren Zustands und der Gründe seiner Veränderung (casus, culpa etc.) überflüssig zu machen. Dieser Wunsch hat seine Stelle bei der Hingabe zur Benützung (Leihe, Miete, Dos, Niessbrauch), kommt dagegen nicht wohl in Betracht bei Hinterlegung, Verpfändung, receptum und dergl. — Ein anderer Antrieb zu jener aestimatio könnte in der Furcht des Hingebenden

[3]) In dem vermutlichen Betrag der Aestimationssumme.

[4]) Der Dosbesteller, der keine zur Erleichterung der onera matrimonii geeigneten Gegenstände besitzt, wird eine Geld-Dos bestellen; hat er keine Barmittel bereit, so wird er meist Wertgegenstände zu Geld machen und dieses hingeben; aber denkbar ist auch unmittelbare Uebergabe der Wertgegenstände an den Dosempfänger, damit dieser die Verwertung selbst vornehme.

liegen, es möchte ihm der hingegebene Gegenstand zu der — vielleicht ungewissen — Zeit der Rückgabe gar kein erwünschter Besitz mehr sein (wenn z. B. der bejahrte Schwiegervater dem Schwiegersohn sein Geschäft in dotem überlässt).

Hingabe und Empfang einer Sache kann aber nur entweder auf Rückgabe oder zwecks endgültiger Uebereignung erfolgen; der eine Willensinhalt kann nicht im gleichen Augenblick mit dem andern bestehen. Es fragt sich daher, ob und aus was für Gründen es denkbar ist, dass einem Hauptvertrag, in dem der erstere Wille ausgesprochen ist, ein Nebenvertrag beigefügt wird, in dem die Vertragschliessenden den letzteren Willen erklären.

a) Leihe und vertragsmässige Niessbrauchsbestellung: wer eine Sache erstens jetzt braucht und zweitens endgültig zu erwerben entschlossen ist, wird nicht erst unter substituierender aestimatio sie entlehnen oder sich ein Niessbrauchsrecht daran bestellen lassen, sondern sie sogleich kaufen; und der Eigentümer wird zum Verkauf mit Stundung des Kaufpreises ebenso bereit sein wie zum Abschluss des betr. Rückgabevertrags mit substituierender aestimatio [5]).

b) Hinterlegung (sowie receptum nautarum etc.): wer seine Sache sofort zu veräussern die Möglichkeit und den Willen hat, bedarf keines Hinterlegungsvertrags mehr zur Abwälzung der Aufbewahrungslast.

c) Verpfändung: soll das „Pfand“ unter allen Umständen an den Gläubiger übergehen, so wird dies auch bei Laien die Vorstellung des Geschäfts als Pfandvertrags ausschliessen; sie werden vielmehr einen Kauf abschliessen und Verwertung der Kaufpreisschuld zur

---

[5]) Der Fall liegt hier anders als bei der die Vermeidung eines Kreditgeschäfts bezweckenden Verbindung von Leihe etc. und befristetem Kauf; denn mit der substituierenden aestimatio geht sofort das Eigentum über: s. u. — Ein Entgelt für den Niessbrauch wäre in Verzinsung des Kaufpreises umzuwandeln.

Kompensation oder Retention vereinbaren (sofern nicht Hingabe an Zahlungsstatt oder dergl. noch näher liegt).

d) Trödelvertrag: wer für seine Sache schon einen Liebhaber gefunden hat, braucht keinen Verkaufsauftrag zu geben; und wer eine Sache selbst zu erwerben bereit ist, übernimmt nicht ihren Verkauf an einen Dritten.

e) Werkverdingung: in dem Augenblik, wo man eine Sache veräussert, lässt man nichts mehr an ihr machen; und wer eine Sache erwirbt, lässt sich keine Vorschriften darüber erteilen, was er damit zu thun habe.

f) Für die unbenannten Rückgabeverträge gilt das unter a)—e) Gesagte entsprechend je nach dem Inhalt des einzelnen Vertrags.

Bei allen diesen Vertragsarten ist also die Beifügung einer substituierenden aestimatio praktisch undenkbar. Es bleibt sonach nur noch zu besprechen die Möglichkeit substituierender aestimatio in Anwendung auf Sachmiete, auf Dosbestellung, sowie auf einen legierten Niessbrauch.

Das oben unter a) Gesagte trifft an sich auch auf die Verbindung von Sachmiete und substituierender aestimatio zu. Wir nehmen den gewöhnlichsten Fall, den der Gutspacht: soll die Inventartaxe sogleich bezahlt werden und dafür der Pächter unumschränkter Herr des Inventars sein (anders als bei dem Fall in Entsch. d. Reichsgerichts Bd. 38 S. 66), so ist lediglich kein Grund einzusehen, warum die Parteien diesem Geschäft nicht seinen wahren Namen: Kauf geben, sondern es in der Fassung eines Rückgabevertrags abschliessen sollten. In diesem Fall wird auch schwerlich ein Pachtvertrag aussprechen, dass dem Pächter das Gut mit Inventar verpachtet werde, sondern die Vereinbarung über das Inventar wird als Uebernahme des Inventars (was ein einwandfreier Ausdruck für Kauf ist) bezeichnet werden. — Soll die Inventartaxe bei Ablauf der Pacht bezahlt wer-

den und ist sie unbedingt und ausschliesslich als Gegenleistung für den Empfang des Inventars festgesetzt, so bietet wiederum die Bezeichnung dieser Vereinbarung als Pacht des Inventars mit ästimatorischem Nebenvertrag keinerlei rechtliche Vorzüge vor der Bezeichnung als Kauf (ein solcher liegt, wie später zu zeigen sein wird, in der That vor). Es wäre ebenso einfach und deutlich, wenn der Vertrag in diesem Fall ausspräche: das Inventar kauft der Pächter um den Anschlag; der Preis bleibt ihm bis zum Ende der Pacht gestundet. Ist ein „Pachtzins" auch aus dem Wert des Inventars zu entrichten (z. B. es wäre bestimmt, es seien jährlich 3 % der gesamten Taxe von Grundstücken und Inventar als „Pachtzins" zu bezahlen), so könnte auch diese Leistung ebenso kurz als das, was sie wirklich ist, nämlich als Verzinsung des gestundeten Kaufpreises bezeichnet werden. Diese Ausdrucksweise würde zwischen Verpächter und Pächter dieselben Rechte und Pflichten begründen wie die andere.

Nach dem Ausgeführten ist kein Bedürfnis vorhanden, die Formulierung eines Mietvertrags mit substituierender aestimatio als Nebenvertrag zu wählen, wenn für den Gebrauch einer endgültig hingegebenen Sache bis zur künftigen Bezahlung des vereinbarten Wertes durch den Empfänger eine gewisse Geldentschädigung vereinbart werden soll. Das Auftreten dieser Formulierung ist aber leicht begreiflich gerade bei der Gutspacht, wo selbst dann, wenn das Inventar endgültig übernommen wird, der Vertrag zu einem Teil immer einen reinen Mietvertrag darstellt, nämlich bezüglich der Liegenschaft. Vom wirtschaftlichen Standpunkt ist es ein einheitliches Geschäft, wenn jemand ein Landgut samt Inventar pachtet, einerlei wie die Vereinbarungen über das Inventar im einzelnen gestaltet sein mögen; es liegt den Parteien deshalb fern, zwei Vertragsarten, Pacht und Kauf, zu nennen; ganz von selbst kommen sie dazu, auch die Gegenstände als gepachtet anzusehen und zu bezeichnen, deren Rechtsverhältnisse der Pachtvertrag

in einer dem Wesen der Miete widersprechenden Weise regelt, und diese besonderen Regelungen als Nebenverträge aufzufassen und abzufassen. Für die Römer mag auch die Rücksicht auf die Einheitlichkeit der actio wichtig gewesen sein. — Wo dagegen der Fall nicht so liegt, dass bezüglich eines Teils des Hingegebenen reine Miete vorliegt, die dem Ganzen den Namen giebt, da wird es auch thatsächlich niemandem einfallen, dem auf dauernde Veräusserung des Vertragsgegenstandes gegen Geld gerichteten Willen durch einen „Mietvertrag" mit substituierender aestimatio als Nebenvertrag Ausdruck zu verleihen[6]).

Bei der Dosbestellung ist es wegen der Länge der Zeit, die normalerweise zwischen Dosbestellung und Dosrückgabe liegt, natürlich, dass in der Vorstellung der Beteiligten, die unbedingte Geldrestitution ausmachen, die Leistung von Sachen hin mit der Leistung von Geld her sich nicht so nahe zusammenfindet, dass der Gedanke eines Kaufs oder dergleichen auftauchte; dass vielmehr die Hingabe der für die Zwecke der Ehe bestimmten Sachen trotz dem Ausschluss der Rückgabe in Natur als Dosbestellung, also als Rückgabevertrag bezüglich der Sachen bezeichnet, die Festsetzung unbedingter Geldrestitution aber als Nebenvertrag dazu gefasst wird.

Das über die Dosbestellung Gesagte gilt auch von der substituierenden aestimatio in Bezug auf den Gegenstand eines legierten Niessbrauchs; hier mag zudem die Ausdrucksweise der letztwilligen Verfügung dazu mitwirken, dass die Beteiligten die Aestimationsberedung als eine Vereinbarung über den Niessbrauch an den Sachen auffassen und bezeichnen.

IV. Es ist nunmehr von der Frage der Gültigkeit und der rechtlichen Natur der substituierenden aestimatio zu

[6]) Die üblichen Geschäfte, die unter dem Namen der Miete eine dauernde Veräusserung bezwecken (vgl. die Abzahlungsgeschäfte!) sind eben nicht Mietverträge mit substituierender aestimatio, sondern die obengenannte Verbindung von Miete und befristetem Kauf.

handeln; und zwar soll zunächst untersucht werden, zu welchen Ergebnissen die Analyse des Parteiwillens in Verbindung mit den allgemein anerkannten römischen Vertragsbegriffen führt; hienach wollen wir uns zu den Einzeläusserungen der römischen Quellen wenden.

1. Die substituierende aestimatio als Einleitung eines Genusrückgabevertrags. Dass ein Genusrückgabevertrag über eine Geldsumme durch Hingabe einer Speciessache begründet werde, das will auf den ersten Blick unmöglich erscheinen [7]). In der That liegt, wenn A heute dem B eine Speciessache hingiebt und B dem A nach einiger Zeit eine Geldsumme leistet, höchstens noch wirtschaftlich, aber nicht mehr juristisch eine Rückgabe vor. Es geht dies weit über die vom römischen Recht in allmählicher Entwicklung anerkannten Möglichkeiten hinaus, dass z. B. ein Darlehen gegeben wird durch die Anweisung an den Darlehensnehmer, er solle einen in seinen Händen befindlichen, dem Darlehensgeber zukommenden Geldbetrag für sich behalten oder durch den auftragsmässigen Einzug eines dem Darlehensgeber von einem Dritten geschuldeten Geldbetrags durch den Darlehensnehmer; es geht auch noch weit hinaus über den Fall, dass zum Zweck einer Darlehensbestellung dem Darlehensnehmer eine Sache zum Verkauf hingegeben wird, denn hier kommt das Darlehen nur dann und erst dann zustande, wenn der Darlehensnehmer durch Veräusserung der Sache wirklich zu Geld gekommen ist: l. 19 D. de praescr. verb. 19, 5, wogegen es bei der Darlehensbestellung durch Hingabe einer ästimierten Speciessache nach der Absicht der Parteien für das Bestehen einer Darlehensschuld des Empfängers gleichgültig ist, ob dieser die Sache thatsächlich zu Geld macht. — Allein es liegen zwei rechtliche Gesichtspunkte nahe, die durch Hineinlegung eines zwiefachen Vertragswillens in den einheitlichen Vorgang der

[7]) Donellus, l. c. VII pag. 600 sqq. hat dies wirklich trotz l. 8 C. si cert. pet. 4, 2 für unmöglich erklärt.

Specieshingabe diese als gültige Begründung eines Genusrückgabevertrags erscheinen lassen. Der eine Gesichtspunkt ist der des Kaufs: man konstruiert die aestimatio als Festsetzung eines Kaufpreises, die Uebergabe als Vollzug des Kaufvertrags über die Speciessache, die zur Begründung des Rückgabevertrags nötige Geldhingabe erscheint dann brevi manu vollzogen (l. 15 D. de reb. cred. 12, 1), indem sie nur im Ausgleich gegen die Bezahlung des gleich hohen Kaufpreises von der andern Seite unterbleibt; oder man kann auch sagen: der Geldrückgabevertrag wird dann begründet, indem der Verkäufer dem Käufer dessen Kaufpreisschuld novationsweise erlässt (Erlass einer Geldschuld des Darlehensnehmers an den Darlehensgeber ist im römischen Recht als Form der Darlehensbestellung anerkannt). In zweiter Linie bietet sich die Auffassung der Sachhingabe unter aestimatio als einer datio in solutum dar: keine Schwierigkeit hat diese Konstruktion bei der in Anm. 4) erwähnten Art der Dosbestellung vermöge der obligationserzeugenden Kraft der formlosen pollicitatio dotis; die Verabredung, dass dem Ehemann eine Dos von so und so viel Geld bestellt und auf diesen Betrag die und die Sache übergeben werden solle, enthielte einmal eine gültige pollicitatio dotis über die Geldsumme und zweitens ein gültiges pactum de datione in solutum; mit der Hingabe der Sachen wäre daher die Geld-Dos gültig bestellt. Aehnlich wäre wohl die Vereinbarung, dass der Darlehenssucher eine Speciessache bekommen und dafür in gleicher Weise Darlehensschuldner werden solle, wie wenn er deren vereinbarten Wert in Geld empfangen hätte, aufzufassen als die Verbindung eines pactum de mutuo dando mit einem pactum de datione in solutum.

2. Die substituierende aestimatio, die der glatteren Abwicklung eines Speciesrückgabevertrags dienen soll, steht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen mit dem Wesen der Speciesrückgabeverträge in unbedingtem Widerspruch; denn Zurückgeben und Behalten sind schlechthin Gegensätze.

Wenn überhaupt ein Rückgabevertrag vorliegt, so muss er etwas anderes als die hingegebene Sache zum Gegenstand haben. Bezüglich der hingegebenen Sache liegt vertragsmässige Willenseinigung über Umsatz von Ware und Geld vor; damit sind alle Begriffsmerkmale des Kaufs gegeben. Ein Protest der Vertragschliessenden: wir wollen gar keinen Verkauf schliessen — könnte natürlich an der Notwendigkeit dieser juristischen Subsumierung nichts ändern; und andererseits steht es nach allgemeinen Regeln der Gültigkeit der deutlichen Willenserklärung der Parteien nicht im Wege, wenn sie ihrem Vertrag einen falschen Namen beigelegt haben.

Ein Rückgabevertrag kann nur vorliegen bezüglich der Aestimationssumme; zunächst freilich scheint es unmöglich, dass über diese ein Rückgabevertrag abgeschlossen worden sein sollte: ist doch bei dem ganzen Geschäft überhaupt kein Geld herüber- oder hinübergewandert. Allein der Thatbestand lässt sich juristisch so ansehen, als ob der Empfänger der Sache die Aestimationssumme zuerst als Kaufpreis dem Gegenkontrahenten hingegeben[8]) und sie sofort als Gegenstand des betr. Rückgabevertrags von ihm zurückbekommen hätte: l. 15 D. de reb. cred. 12, 1. Der Zweck der Hingabe, der bezüglich der Sache ausgesprochen wird, betrifft in Wahrheit die Aestimationssumme und ist massgebend dafür, welche Art von Rückgabevertrag über die Aestimationssumme besteht. Wenn also z. B. ein Erbe Gegenstände, an denen einem Dritten der Niessbrauch vermacht ist, dem Legatar unter substituierender aestimatio hingiebt, so wird hierin ein Verkauf der Gegenstände und Bestellung eines Quasiususfructus an der Aestimationssumme zu sehen sein; wenn ein Gegenstand unter substituierender aestimatio in dotem gegeben wird, so wird

[8]) Ein thatsächliches dare wird man aber im Hinblick auf den Realkontraktscharakter der römischen Rückgabeverträge verlangen müssen; dass die dotis aestimatio auch ohne gleichzeitiges dare gültig ist, bildet eine Ausnahme (zusammenhängend mit der pollicitatio dotis?).

man hierin (a priori) einen Verkauf des Gegenstandes und Bestellung einer dos pecuniaria erblicken. Bei der Sachmiete — wir wollen das frühere Beispiel der Gutspacht beibehalten — ist gleichfalls in der Uebernahme des Gutsinventars gegen unbedingte Geldleistung ein Kauf zu finden; dagegen fällt hier der Rückgabevertrag über die Aestimationssumme weg; man könnte zwar ein Darlehen[9]) über die Taxsumme konstruieren, allein nötig ist dies nicht; wie oben bemerkt, kann die Vertragsbestimmung, dass die Taxsumme erst am Ende der Pachtzeit zu zahlen ist, als Stundung des Kaufpreises, ein etwaiger auf das Inventar entfallender Teil des Pachtzinses als Verzinsung dieses Kaufpreises anstandslos aufgefasst werden.

Die substituierende aestimatio schliesst übrigens nicht aus, dass bei Abwicklung des Rechtsgeschäfts auf Grund einer hiebei erfolgenden Vereinbarung der Beteiligten doch ganz oder teilweise das Hingegebene in Natur zurückgegeben wird; ja es ist sogar denkbar, dass schon bei der Hingabe unter substituierender aestimatio eine Verabredung beigefügt wird, die darauf hinzielt, eine dereinstige Rückgabe in Natur vorzubereiten. Hieher gehört die bei der Uebernahme eines Gutsinventars vorkommende (und bei der Dosbestellung entsprechend denkbare Vereinbarung, der Empfänger solle berechtigt sein, dereinst auf die von ihm geschuldete Geldsumme gute Inventarienstücke zu einer bei der Rückgabe festzustellenden Taxe zurückzugeben. Dadurch wird die Kaufnatur der aestimatio nicht beeinträchtigt; nur eine Verpflichtung zur Sachrückgabe stünde mit dem Wesen des Kaufs im Widerspruch; die blosse Ermächtigung des Empfängers dagegen, u. U. die Sache selbst zurückzugeben, stellt eben ein mit dem anfänglichen Kauf durchaus vereinbares, aber auch von ihm rechtlich völlig getrenntes pactum de retroemendo dar. An der Notwendigkeit dieser Konstruktion eines Kaufs

[9]) So Huschke, Darlehen, S. 22.

und eines Rückkaufs kann der Umstand nichts ändern, dass das Geschäft, wenn von jener Ermächtigung Gebrauch gemacht wird, thatsächlich den Verlauf eines Rückgabevertrags über die hingegebene Sache nimmt.

V. Ueber den Einfluss der substituierenden aestimatio auf Eigentum und Gefahr der hingegebenen Sache ist nur wenig zu sagen. Da die Vereinbarung ausschliesslicher Geldrestitutionspflicht auf seiten des Hingebenden eine Aeusserung des Willens ist, die Sache jetzt endgültig zu veräussern, während der Fassung des Geschäfts („Rückgabevertrag"!) entsprechend die Geldleistung als eine erst bei Abwicklung des Vertragsverhältnisses zu bewirkende erscheint, so ist in der substituierenden aestimatio die sofortige vertragsmässige Uebertragung des Eigentums zu finden. Die Beifügung eines Eigentumsvorbehalts würde das Geschäft eben in die unter I erwähnte Verbindung von Rückgabevertrag und befristetem Kauf verwandeln.

Nimmt man zu der eigentumsübertragenden Wirkung der substituierenden aestimatio hinzu, dass die hingegebene Sache nach ihrer Hingabe in keinerlei obligatorischer Beziehung steht — für die Restitution ist sie weder in petitione, noch in solutione —, so ist klar, dass die Gefahr niemand anders zu tragen haben kann, als der Empfänger, dass also die Hingabe einer Sache unter substituierender aestimatio die Gefahr überträgt; von der substituierenden aestimatio gilt in der That der Satz: aestimatio facit periculum; bei ihr lässt sich nicht, wie bei der surrogierenden aestimatio mit Gefahrübernahme, die Verabredung über die Voraussetzung der Geldrückgabe trennen von der Verabredung über das Mass der Geldleistung (aestimatio i. e. S.), vielmehr ist der Umsatzwille (diese Sache gegen diese Geldsumme) ein einheitlicher. Aber freilich spricht nach dem Gesagten der Satz aestimatio facit periculum, auf die substituierende aestimatio angewendet, eben nur etwas aus, das sich von selbst versteht: wer eine Sache endgültig zu Eigentum übergeben erhält, trägt von da an deren Gefahr.

VI. Wir haben gefunden, dass die substituierende aestimatio da, wo sie nach dem unter III Gesagten überhaupt denkbar erscheint, für gültig zu erachten und als Kaufvertrag mit Eigentums- und Gefahrübergang aufzufassen ist. Eine Vergleichung mit den einschlägigen Quellenstellen soll nun ergeben, inwieweit das Gesagte dem Standpunkt des justinianischen Rechts nahekommt. Wir haben es mit folgenden Stellen zu thun: § 2 Inst. de usufr. 2, 4; l. 7 D. de usufr. ear. rer. 7, 5; l. 3 D. locati 19, 2; l. 7 § 5 u. l. 52 pr. D. de donat. i. v. e. u. 24, 1; mit den Stellen, die von dos aestimata data ohne weiteren Zusatz sprechen, endlich mit l. 8 C. si cert. pet. 4, 2.

1. l. 7 § 5 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1 Ulpianus[10]).

2. l. 52 pr. eod. tit. Papinianus[11]).

Oben ist ausgeführt, dass bei Leihe und Hinterlegung substituierende aestimatio nicht denkbar sei. Die beiden angeführten Stellen scheinen dem zu widersprechen. Nach den Worten nec aliud in commodato etc. wird anzunehmen sein, dass Ulpian bei der aestimatio commodati an denselben Aestimationsthatbestand denkt, wie bei der im Anfang der Stelle genannten aestimatio dotis, dass also zu ergänzen ist: in commodato inter virum et uxorem donationis causa minoris (maioris) aestimato dato. Nun beweist der Umstand, dass die Sachrückgabe im Anfang der Stelle als remedium bezeichnet wird, dass bei der dort genannten aestimatio dotis an substituierende aestimatio gedacht ist; es wird daher auch bei dem commodatum aestimatum an diese zu denken sein. — Bei l. 52 pr. cit. ist es fraglicher, ob Papinian mit der dem depositum beigefügten aestimatio substituierende aestimatio meint: denkbar wäre auch, dass die aestimatio formell für den (im

[10]) Vgl. Bas. 30,1, 49; Chambon a. a. O. S. 25 f., Windscheid Pand. II S. 382; Meyerfeld, Die Lehre von der Schenkung etc., Bd. 1 (1835) § 17 Nro. 8 (S. 319).

[11]) Vgl. Cuiacius in Lib. X Quaest. Pap. ad h. l.; Glück Comm. Bd. 25 S. 436; Chambon a. a. O. S. 25|26; Meyerfeld a. a. O. Nro. 8.

voraus zur Verwirklichung der Schenkung beabsichtigten) Fall der Rückgabeverweigerung vereinbart wäre; aber wahrscheinlicher ist allerdings, dass auch hier, wie in l. 7 § 5 cit., substituierende aestimatio vorauszusetzen ist. — Dieses Auslegungsergebnis beweist aber bei näherem Zusehen doch nichts für die Möglichkeit substituierender aestimatio bei Leihe und Hinterlegung. Wenn Chambon (a. a. O. S. 25/26) daraus, dass in l. 7 § 5 cit. u. l. 52 cit. die aestimatio wegen der Schenkungsabsicht für ungültig erklärt wird, folgert, dass „ein nicht in der Absicht zu schenken eingegangenes Commodat [oder Depositum] unter Beifügung einer [substituierenden] aestimatio geschlossen werden kann, so ist dies ein Trugschluss; denn wenn die Eheleute nicht eine rechtlich unzulässige Absicht zu verbergen hätten und deshalb ein Scheingeschäft zu Hilfe nehmen müssten, so kämen sie doch gewiss nie und nimmer auf die widersinnige Idee, die Absicht endgültiger Veräusserung einer Sache gegen Geld vom einen Ehegatten an den andern durch ein Commodat oder Depositum verwirklichen zu wollen. Das Scheingeschäft liegt also gerade auch in der Wahl der Vertragsart. Wenn es Wunder nehmen könnte, dass Papinian und Ulpian die erwähnten Scheingeschäfte nicht ihrem ganzen Umfang nach für ungültig erklären etwa mit der Begründung, Commodat und Depositum sei nicht ernstlich gewollt, die aestimatio sei als Mittel zu einer Schenkung ungültig, so ist doch nicht zu vergessen, dass wir uns bei beiden erwähnten Stellen auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts befinden, wo das Gegenteil von strictum ius herrscht. Gegen Chambon ist noch darauf hinzuweisen, dass in l. 7 § 5 cit. sowohl als in l. 52 pr. cit. der betreffende Rückgabevertrag nicht durch Streichung der aestimatio aufrechterhalten wird, sondern durch Wiederhereinziehung der Sache selbst in die Restitutionsobligation; hievon könnte aber auf einem andern Gebiet als dem des ehelichen Güterrechts nicht die Rede sein.

Das Ergebnis ist, dass l. 7 § 5 cit. u. l. 52 pr. cit. für das Vorkommen der substituierenden aestimatio im Corpus Juris ausser Betracht zu bleiben haben.

Es möge nun als einzig in ihrer Art vorweggenommen werden:

3. l. 8 C. si certum petatur 4, 2. Impp. Diocletianus et Maximianus[12]).

Dass die Stelle von substituierender aestimatio spricht, bedarf keines Beweises. Die Hingabe einer in Geld angeschlagenen Sache wird ohne weiteres als gültiger Weg zur Gewährung eines Darlehens in Höhe der Aestimationssumme behandelt. Die Entscheidung von Diocletian und Maximian deckt sich also mit dem oben aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleiteten Ergebnis. Das Reskript spricht sich nicht darüber aus, welche Konstruktion es seiner Entscheidung zu Grunde legt; es ist mit Bezug auf die aestimatio nur von einem partium placitum die Rede.

Soviel wir sehen, ist l. 8. cit. die einzige Stelle im Corpus Juris, die von Eingehung eines Genusrückgabevertrags durch Hingabe einer ästimierten Speciessache handelt. Immerhin möge hier auf eine verwandte Stelle hingewiesen werden (vielleicht möchten noch weitere ähnliche[13]) aufzufinden sein): l. 2 § 1 D. de dote praeleg. 33, 4. Der Thatbestand ist der, dass eine Ehefrau ihrem Ehemann eine Geld-Dos von 400 verspricht, und ihm für diesen Betrag Grundstücke und Forderungen übereignet; bemerkenswert ist, dass Ulpian im weiteren Verlauf diese spätere Hingabe eines aliud nicht als datio in solutum be-

[12]) Vgl. Bas. 23,1, 52; Cuiacius in Tit. II Si cert. pet. Lib. IV Cod. ad h. l.; Donellus ad h. l. VII pag. 600 sq.; Glück Comm. Bd. 12 S. 10; Heimbach, Die Lehre vom Creditum (1849) S. 284|5; Huschke, Darlehen, S. 21 f.; Brinz, Pand. II S. 477; Dernburg, Pand. II § 86 Anm. 8; Windscheid, Pand. II S. 363 Note 10; Sintenis, Pand., 2. Aufl., II S. 506. — Viele dieser Schriftsteller verwechseln den Fall der l. 8 cit. mit dem der l. 11 D. de reb. cred. 12,1 und l. 34 pr. D. mand. 17,1.

[13]) l. 21 D. de pact. dot. 23,4 gehört als von permutatio dotis handelnd nicht hieher.

zeichnet, sondern von den Grundstücken sagt: quos aestimatos acceperat. Demnach ist es vermutlich zu der bei den Römern sehr häufigen aestimatio dotis manchmal in der Weise gekommen, dass der Dosbesteller (Schwiegervater oder dergl.) zunächst eine Geldsumme nannte, die er für die Braut dem künftigen Ehemann in dotem geben wolle, dass dann die Braut den Wunsch aussprach, dies oder jenes an Gegenständen in die Ehe mitzubekommen, und dass der Dosbesteller dies genehmigte gegen Anrechnung auf die von ihm festgesetzte Dotalsumme. In diesem Fall [14]) wird die Hingabe von Dotalsachen unter aestimatio am zutreffendsten als eine Art datio in solutum zu konstruieren sein.

4. § 2 Inst. de usufructu 2, 4 [15]).

5. l. 7 D. de usufr. ear. rer. 7, 5 Gaius [16]).

Beidemal ist davon die Rede, dass verbrauchbare Gegenstände, an denen letztwillig ein Niessbrauch bestellt ist, geschätzt übergeben werden in dem Sinn, dass nach Beendigung des Niessbrauchs schlechthin die Aestimationssumme zurückgegeben werden solle; es handelt sich also um substituierende aestimatio. Nicht nur wird die Gültigkeit dieses Aestimationsvertrags nicht beanstandet, vielmehr wird man aus der Justinianischen Fassung geneigt sein, ein Recht des einen oder andern der Beteiligten auf solche aestimatio abzuleiten (während sie nach den Worten des Gaius nur stattfinden kann); besteht ein solches Recht, so fehlt, wenn die aestimatio erzwungen wird, zu einem Kauf das Moment der Vertragsfreiheit. Uebrigens sprechen

---

[14]) Er unterscheidet sich von dem in Anm. 4 besprochenen Fall, wo die Sachhingabe nur Mittel zu einem ferneren Zweck ist.

[15]) Vgl. Bas. 16,1; Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch, Nr. 1 § 6; Hanausek, Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch (1879) S. 29/30; Elvers, Die römische Servitutenlehre, S. 593; Held, Lehre vom ususfr. ear. rer. etc. (1848) S. 72; Windscheid, Pand. I S. 616 Anmerkung 3.

[16]) Vgl. Bas. 16,5, 7 und im übrigen die in Anm. 15 Citierten.

sich beide Stellen über die juristische Konstruktion der aestimatio mit keinem Wort aus.

6. l. 3 D. locati 19, 2.

Es ist oben dargelegt worden, dass die aestimatio der l. 3 cit. sich nicht mit Sicherheit als substituierende aestimatio, d. h. als Festsetzung ausschliesslicher Geldrestitution nachweisen lässt. Haben aber Pomponius und Proculus substituierende aestimatio im Auge, so ist ihre Entscheidung eine Bestätigung für die Richtigkeit der oben unter IV (gegen Ende) gegebenen Konstruktion; denn ihre Worte heissen dann: die Uebernahme des Gutsinventars seitens des Pächters gegen unbedingte Geldrestitution ist nicht Miete, sondern Kauf des Inventars.

7. Substituierende aestimatio liegt weiter vor in allen Stellen, die von dos aestimata data[17]) ohne weiteren Zusatz reden[18]). Die Richtigkeit dieser Behauptung ist nicht

---

[17]) Vgl. über dotis aestimatio: Bas. 29; Cuiacius I, 926, 1147 sq. III, 333, 485, IV, 986, 1137, VI, 721 sq. VII, 630, 1410 sq. IX, 527, 539 sq., X, 673; Donellus III, 1053 sqq. (Lib. XIV cap. VII); Scipio Gentilis, Disputatio de aestimatione rerum in dotem datarum in Opera omnia Tom. II pag. 245—273; Glück, Comm., Bd. 25 § 1230 b; Arndts, Pand., § 398; Brinz, Pand., II S. 315 Anm. 24, III S. 714, 722, 745, IV, S. 91; Dernburg, Pand., III S. 29; Puchta, Pand., § 415; Seuffert, Pand., II § 455, Wächter, Pand., § 237; Wendt, Pand., S. 713|4 und „Rechtssatz und Dogma" a. a. O.; Windscheid, Pand., II S. 775; Mommsen a. a. O. S. 227, Unterholzner a. a. O. II §. 539, Ihering in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 15 S. 391 Nro. 4; Czyhlarz in ZSch. f. Civ.-R. und Proc. N. F. Bd. 20 (1863) S. 1—24; Czyhlarz, Das röm. Dotalrecht (1870) § 44—46; Bechmann, Das röm. Dot.R. (1863|7) II S. 213 ff. — Ueber den Gegenstand der dingl. Dotalklage vgl. F. Brandis im Arch. f. civ. Pr. Bd. 66 S. 131—137 (1883).

[18]) Als hauptsächlichste Stellen lassen sich etwa herausheben ll. 10, 16, 17 § 1, D. h. t. (h. t. = tit. D. de jure dotium 23,3 od. tit. C. de jur. dot. 5.12), l. 30 C. h. t. Das Recht der dos aestimata im einzelnen ergeben die in nachfolgender Zusammenstellung enthaltenen Stellen. Eigentum des Manns: l. 3 § 1 D. de Publ. 6,2: l. 69 § 8 D. h. t., l. 1 § 15 c. C. de rei ux. act. 5,13 — entgegengesetzt nur l. 30 C. h. t. — Dem Ehemann kommen zu die Früchte: l. 10 § 3 D. h. t., l. 1 § 9 C. de rei ux. act. 5,13; die Accessionen: l. 10 § 1 und 2 D. h. t.,

unbestritten: es ist schon oben davon die Rede gewesen, dass nach Wendt („Rechtssatz und Dogma" a. a. O.) auch bei der sogenannten aestimatio venditionis gratia der Empfänger zur Rückgabe der empfangenen Sache selbst berechtigt ist, dass also angenommen werden muss, Wendt leugne überhaupt das Vorkommen einer aestimatio, die die Aestimationssumme zum ausschliesslichen Restitutionsobjekt erhebt. Der Beweis für den an die Spitze gestellten Satz ergiebt sich aus folgendem: dass der Ausdruck dos aestimata data bei den Römern einen feststehenden Sinn hat, dass also alle Corpus-Juris-Stellen, die von aestimatio dotis ohne weiteren Zusatz reden, eine und dieselbe Art von aestimatio im Auge haben, wird niemand bestreiten, der einmal die rund 50 Stellen über aestimatio dotis durchgelesen hat. Dies ist auch u. W. noch nicht bestritten worden. Nun sind aber unter diesen Stellen solche, die nur dann einen vernünftigen Sinn ergeben, wenn unter aestimatio substituierende aestimatio verstanden wird.

---

l. 1 § 9 a. C. de rei u. a. 5,13; die Lasten und Gefahren: l. 10 pr. D. h. t, l. 29 pr. D. de pact. dot. 23,4: l. 53 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24,1; l. 51 D. sol. matr. 24,3; l. 1 § 9 c. u. 15 C. de rei u. a. 5,13; aber die Gefahr nicht vor der Ehe: l. 10 § 5 und l. 15 D. h. t. — und nicht bei mora der Ehefrau: l. 14 D. h. t. Kaufnatur der aestimatio: l. 3 D. locati; l. 9. § 3 D. qui pot. 20,4; l. 10 § 4 und 5, l. 15, l. 16, l. 17, l. 69 § 7 D. h. t.; l. 2 D. pro dote 41,9: l. 5, l. 10 C. h. t.; l. 1 § 9 c. C. de rei ux. a. 5,13; zu beachten auch l. 19 D. de obl. et act. 44,7. condicionalis venditio: l. 10 § 4 und 5 D. h. t., l. 2 D. pro dote 41,9. non simplex venditio: l. 16, l. 17 D. h. t. Gegenstand der dos: l. 12 pr. D. h. t. (vv. res igitur etc.); l. 48 D. leg. II (vv. mallet mancipia quam dotem); l. 78 § 6 D. leg. III.; l. 12 D. de dot. prael. 33,4 (vv. summam dotis quam intulit); entgegengesetzt l. 30 C. h. t.; unklar l. 5 D. de imp. 25,1 (vgl. Glück, Comm., Bd. 27 S. 406). Eviktionsregress des Mannes: l. 16, l. 69 § 7 D. h. t., l. 49 § 1 D. sol. matr. 24,3. Name und Umfang der actio auf Dosrückgabe: l. 14, l. 16, l. 52 D. h. t.; l. 11 C. de pact. 2,3 = l. 1 C. sine censu 4.47; l. 10, l. 30 C. h. t.; exceptio: l. 49 § 1 D. sol. matr. 24,3. — Ueber permutatio dotis: l. 12 § 3 und 4 D. h. t.

Es sollen hier nur die zwei wichtigsten[19]) besprochen werden, die für sich allein vollen Beweis liefern: l. 10 § 6 D. iure dotium 23, 3 u. l. 7 § 5 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1. In l. 10 § 6 cit. wird die Verabredung der Rückgabe der Sachen oder der Aestimationssumme und zwar auch diejenige mit Wahl des Mannes als eine im Gegensatz zu der gewöhnlichen dotis aestimatio stehende und diese abändernde conventio genannt[20]); würde die aestimatio dotis ohne weiteren Zusatz den Mann ermächtigen, nach seiner Wahl die Sachen oder die Aestimationssumme zurückzugeben, so wäre eine dahingehende conventio geradezu sinnlos. — Ebenso zwingend ist der Schluss aus l. 7 § 5 cit.: dürfte die dos aestimata in Natur zurückgegeben werden, so würde der von Reue über den zu hohen Anschlag erfasste Ehemann von selbst von dieser Befugnis Gebrauch machen, und die Bezeichnung der die Sachrückgabe erlaubenden kaiserlichen Entscheidung als eines remedium, mit dem dem Ehemann gnädigst geholfen werde, wäre einfach ein Hohn.

Die aestimatio dotis ist also erweislich ein Fall substituierender aestimatio. Aber sogleich erhebt sich eine zweite Streitfrage: ist die aestimatio dotis ein Kauf? Früher, wie es scheint, allgemein bejaht, ist die Kaufnatur der aestimatio dotis von zwei neueren Bearbeitern des römischen Dotalrechts, von Czyhlarz und von Bechmann, übereinstimmend geleugnet worden[21]). Bei dem geringen praktischen Interesse, das das römische Dotalrecht heute

---

[19]) Die übrigen sind: l. 13 D de pact. dot. 23,4; l. 6 C. de usufr. 3,33; l. 5 C. h. t., l. 10 eod., ferner l 17 § 1 D. h. t. und l. 49 § 1 D. sol. matr. 24,3. Die Beweiskraft dieser Stellen beruht darauf, dass sie sämtlich unbedingt und einzig von der Restitution der Aestimationssumme bei dos aestimata sprechen. Zu beachten auch l. 29 pr. D. de pact. dot. 23,4.

[20]) Wobei zu bemerken ist, dass verum wenigstens im klassischen Latein der allerstärkste Ausdruck des Gegensatzes ist.

[21]) A. a. O., s. Anm. 17.

für uns hat, kann hier auf die Ausführungen der beiden genannten Schriftsteller nicht ausführlich eingegangen werden. Es soll nur so viel über Konstruktion und rechtliche Sanktion der aestimatio dotis im Corpus Juris festgestellt werden: a) die Römer bezeichnen die aestimatio dotis als Kauf — s. die Stellen in Anm. 18 —; l. 10 § 4 D. de jure dot. 23, 3 betont ausdrücklich: fit vera venditio; wenn an andrer Stelle gesagt wird: non simplex venditio est, sed dotis causa — so wird damit nicht das „Uneigentliche" der Kaufkonstruktion (Bechmann Kauf II S. 563) hervorgehoben; vera venditio und non simplex venditio schliessen einander nicht aus. Nicht richtig[22]) ist die Behauptung, die Vorstellung eines Kaufes werde im Corpus Juris mehrfach mit Beschränkungen und „zurückhaltend" angewendet (Bechmann Kauf II S. 563).

b) Bei der Frage, ob die positiv-rechtliche Regelung der dotis aestimatio deren Auffassung als Kauf rechtfertige, ist zu unterscheiden zwischen dem vorjustinianischen und dem justinianischen Recht, die im Corpus Juris nur äusserlich vereinigt sind. Das vorjustinianische Recht der aestimatio dotis weist folgende für den Kauf charakteristische Züge auf: aus der aestimatio dotis ist die actio empti zuständig (s. die Stellen in Anm. 18), ein schwerwiegendes Moment, in dem Czyhlarz den Grund der ganzen Kaufvorstellung findet; die Gefahr geht bei bestehender Ehe sofort, nicht erst mit Tradition über; der Ehemann bekommt nicht nur die Früchte, sondern auch die Accessionen der geschätzten Sache; er hat ein unbeschränktes Veräusse-

[22]) In l. 1 § 9 i. f. C. de rei ux. a. 5,13 heisst quasi emptor: in seiner Eigenschaft als Käufer; denselben Sinn hat quasi manchmal; vgl. Heumann, Handlexikon, Art. quasi Ziff. 3. — In l. 5 C. h. t. heisst summae veluti pretii debitor, der Mann schulde die Geldsumme „als" Kaufpreis; summae pretii debitor wäre unverständlich. — Gegen Czyhlarz a. a. O. S. 154: l. 10 C. h. t. spricht gerade für die Kaufkonstruktion; das Reskript sagt, das scheinbare pactum sei in Wahrheit ein Kontrakt, nämlich ein Kauf.

rungsrecht, also ganz freies Eigentum, auch bei Grundstücken (arg. a minore ad maius aus l. 11 D. de fundo dot. 23, 5); die Ersitzung geschieht nicht pro dote, sondern pro emptore: l. 2 D. pro dote 41, 9. Die Abweichungen vom gewöhnlichen Recht des Kaufs, die hauptsächlich darin bestehen, dass die aestimatio wegen Nichtübereinstimmung mit dem objektiven Sachwert anfechtbar ist, dass eine in Schenkungsabsicht gemachte Schätzung nicht das ganze Geschäft aufhebt, dass das ädilitische Edikt unanwendbar ist[23]), rechtfertigen sämtlich u. E. nur das Urteil, dass die aestimatio dotis keine simplex venditio, nicht aber, dass sie keine vera venditio sei. Doch wird die Abgrenzung beider Begriffe gegen einander zum Teil Sache der individuellen Willkür sein.

Dieses Recht der dos aestimata ist von Justinian, insbesondere durch die bekannte l. 30 C. de jure dotium 5, 12, bedeutend verändert worden. In l. 30 cit. giebt Justinian der Ehefrau zur Zurückerlangung ihrer Dos die rei vindicatio, und diese soll auch Anwendung finden auf res aestimatae in dotem datae. Und zwar scheint die Zuständigkeit der rei vindicatio auf den ersten Blick an keine besonderen Voraussetzungen gebunden zu sein; wenn man versucht sein könnte, die Worte si tamen extant dahin aufzufassen, die betreffenden Gegenstände müssen bei Auflösung der Ehe noch in der Vermögensmasse des Mannes vorhanden sein[24]), so widerspricht dem doch der § 2 der l. 30 cit., denn wenn diese u. a. eine auf Usucapion gestützte exceptio erwähnt und von einem möglichen Beginn der Usucapionsfrist während der Ehe spricht, so setzt dies

[23]) Dass das mittels Eviktionsregresses erlangte duplum herauszugeben ist (l. 16 D. h. t.), ist eine Besonderheit nicht des in der aestimatio liegenden Kaufs, sondern der durch die Hingabe unter aestimatio bestellten dos pecuniaria.

[24]) Ueber den Sinn von extant herrscht seit langem Streit; das Vorhandensein in der Masse bedeutet extare in l. 1 § 18 D. de trib. act. 14,4.

doch eine Veräusserung der Sache während der Ehe voraus. Demnach scheint die Gewährung der rei vindicatio lediglich daran geknüpft, dass die ästimiert hingegebenen Sachen noch existieren; wäre dies der Sinn der l. 30 cit., so würde sie mit einem Schlag die übliche substituierende aestimatio dotis und die mit Wahlrecht des Ehemanns zwischen Sach- und Geldrestitution unmöglich machen. Die aestimatio dotis könnte dann der Frau nur noch nützen, dem Mann nur noch schaden. Allein eine engere Auslegung der Stelle erscheint möglich und geboten, wenn man den Zweck des Gesetzes ins Auge fasst. Die Frau soll gesichert werden, sie soll eine praerogativa vor den andern Gläubigern des Manns erhalten. Die Gewährung der rei vindicatio ist also einschränkend dahin auszulegen, dass sie nur gilt für den Fall der Nichtzahlung der aestimatio. Wollte man diese Einschränkung nicht als richtig anerkennen, so stünde man vor einem unlösbaren Widerspruch zwischen l. 30 cit. u. der l. 5 desselben Titels, die ausdrücklich sagt: retinebit eas (sc. res aestimatas), si pecuniam tibi offerat.

Wie ist auf Grund dieser beschränkten Gewährung der rei vindicatio das Rechtsverhältnis der Eheleute zu den res in dotem aestimatae datae aufzufassen? Bei der Beantwortung dieser Frage ist u. E. zu beachten, dass Justinian in l. 30 pr. cit. das Eigentum des Ehemanns an den Dotalsachen nicht aufzuheben erklärt, sondern anerkennt[25]), dass er also scheinbar nur bestimmt, das Eigentum des Mannes an der Dos dürfe der Frau nicht hindernd im Weg stehen, wenn sie ihre Dos herauszubekommen strebe. Danach wäre zu erwarten, dass die Zulässigkeit der rei vindicatio nur bestimmt würde im Sinn eines Rückfalls des Eigentums für den Fall, dass während der Ehe oder nach deren Auflösung die Zahlungsunfähigkeit des Mannes sich ergäbe, dass dagegen solche Gegenstände nicht

[25]) Vgl. die spätere l. un. § 15 C. de rei u. a. 5,13.

vindiciert werden könnten, die der Ehemann bei gutem Vermögensstand während der Ehe veräussert hat. Dies aus l. 30 cit. herauszulesen, ist aber u. E. schlechthin unmöglich angesichts der Worte: Omnis temporalis exceptio . . . mulieribus ex eo opponatur ex quo possint actiones movere, id est opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium. Diese Worte werden dahin zu verstehen sein: die Verjährungsfrist für die rei vindicatio der l. 30 cit. läuft, wenn die Ehe bei gutem Vermögensstand des Mannes gelöst worden ist, von diesem Zeitpunkt an. Damit ist gesagt, dass die rei vindicatio auch zulässig ist bei Gegenständen, die der zahlungsfähige Mann während der Ehe veräussert hat. Demgegenüber aber versagt die Konstruktion des Eigentumsrückfalls, vielmehr ist das Ergebnis: Justinian hat durch l. 30 cit. das Eigentum des Ehemanns an res aestimatae in dotem datae aufgehoben. — Wie schlecht diese Gesetzesbestimmung zu dem ganzen übrigen, im Corpus Juris niedergelegten Recht der dos aestimata passt, bedarf keiner Ausführung. Ueber ihre Bedeutung für die Kaufnatur der aestimatio dotis ist zu sagen, dass sie die Konstruktion eines Barkaufs und der Bestellung einer dos pecuniaria durch brevi manu traditio der Aestimationssumme unmöglich macht; die aestimatio dotis ist jetzt so zu konstruieren: die ästimierten Sachen werden selbst in dotem gegeben, daneben wird ein Kauf auf den Zeitpunkt der Auflösung der Ehe um die Aestimationssumme geschlossen, ein Kauf, von dem aber die Ehefrau zurücktreten kann, wenn der Mann nicht aus freien Stücken den Preis bezahlt[26]).

---

[26]) Wenn die Klage aus l. 30 cit. als utilis rei vindicatio bezeichnet zu werden pflegt, so darf sie doch nach Entstehung und Wortlaut der l. 30 cit. nicht mit den dem klassischen Recht angehörigen Fällen von utilis rei vindicatio identifiziert werden; daher findet auch die von Appleton, Histoire de la propriété prétorienne, Paris 1889, gegebene Konstruktion der rei vindicatio utilis auf sie keine Anwendung.

Ein Seitenstück zu l. 30 cit. ist l. un. § 15 c. C. de rei ux. act. 5, 13: sie handelt von der Veräusserung des fundus dotalis; Justinian erklärt die Zustimmung der Ehefrau zur Veräusserung des nichtästimierten fundus dotalis für unwirksam (womit er sich mit dem im ganzen übrigen Corpus Juris anerkannten Recht der permutatio dotis — vergl. ll. 12 u. 13 D. de pact. dot. 23, 4 — in Widerspruch setzt); um sich aber mit dem Konsensrecht der l. 21 C. ad SC. Vell. 4, 29 abzufinden, decretiert er — mit Gesetzeskraft, obgleich auf Grund einer historischen Unrichtigkeit —, dass dieses Zustimmungsrecht der l. 21 cit. auf den fundus dotalis aestimatus zu beziehen sei. Indem Justinian so die Zustimmung der Ehefrau zur Veräusserung des ästimierten fundus dotalis für möglich erklärt, erklärt er sie zugleich für notwendig. Letzteres steht zwar mit l. 30 C. de jur. dot. 5, 12 im Einklang, dagegen mit allem sonstigen Recht des Corpus Juris über dos aestimata im Widerspruch.

So ergiebt das Justinianische Gesetzeswerk weder für positivrechtliche, noch für konstruktorische Fragen ein harmonisches Bild der aestimatio dotis.

VII. Von der substituierenden aestimatio, wie wir sie genannt haben, kann jedenfalls, auch wenn ihre häufigste Anwendung, die aestimatio dotis, den Namen Kauf nicht verdient, gesagt werden, dass sie einen Umsatz von Ware gegen Geld ins Auge fasst, vermittelt; man könnte sie deshalb die umsatzvermittelnde aestimatio nennen, und als Uebersetzung dieses Ausdrucks wird auch der andere, althergebrachte Namen unbeanstandet auf sie angewendet werden dürfen: aestimatio venditionis gratia.

§ 6.

Verbindung mehrerer Ästimationsarten, insbesondere die aestimatio als Vereinbarung einer Alternativobligation.

Es ist im Vorstehenden versucht worden, verschiedene Arten von aestimatio festzustellen oder sozusagen die verschiedenen Funktionen, deren die aestimatio fähig ist, zu ermitteln. Das könnte die irrtümliche Vorstellung erweckt haben, als ob der aestimatio im einzelnen konkreten Fall, in dem sie uns entgegentritt, immer nur Ein Zweck, nur Eine Funktion zukäme. Deshalb soll hier ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass beurkundende, surrogierende und substituierende aestimatio sich vielfach verbinden. Alle einzelnen möglichen Verbindungen aber aufsuchen und aufzählen zu wollen, wäre wohl aussichtslos und überflüssig: die richtige Erfassung der einzelnen Elemente muss auch befähigen, zusammengesetzten Aestimationsverträgen praktisch gerecht zu werden. Selbständiges theoretisches Interesse haben nur einzelne von den Fällen des Zusammentreffens mehrerer Aestimationsarten. Dahin gehören insbesondere die Aestimationsverträge, die die hingegebene Sache und die Aestimationssumme alternativ als Rückleistungsgegenstand nebeneinander stellen. Ausser von diesen soll mit einigen Worten von der aestimatio der Novelle 64 gehandelt werden, die den Fall im Auge hat, dass dieselbe Sache, aber in verändertem Zustand zurückgegeben wird (s. oben § 2).

1. Die aestimatio als Begründung einer Alternativobligation auf Rückleistung der hingegebenen Sache oder der Aestimationssumme nach Wahl des Gläubigers.

I. Wird beim Abschluss eines Rückgabevertrags die hingegebene Sache in dem Sinn ästimiert, dass Gegenstand

der Rückleistung die Sache oder die Aestimationssumme nach Wahl des Gläubigers sein soll, so liegt hierin stets die Begründung einer Alternativobligation. Denn eine blosse facultas alternativa auf der aktiven Seite einer Obligation giebt es nicht[1]: ein Recht, das ich habe, wenn ich es haben will, habe ich bereits. Der genannte ästimatorische Nebenvertrag verleiht dem Rückforderungsberechtigten eine ausserordentlich gesicherte Stellung: er überträgt, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart wird, das periculum auf den Empfänger und zwar auch das periculum deteriorationis, da der Gläubiger sich für die Aestimationssumme entscheiden wird, sobald ihm diese den Wert der Sachrückgabe zu übersteigen scheint. Es kann von dieser aestimatio also vollauf gesagt werden: aestimatio facit periculum. Vom Standpunkt der Vertragschliessenden wird es allerdings oft so liegen, dass die Absicht der Gefahrübertragung der Anlass der Aestimierung gewesen ist. — Die in Rede stehende aestimatio sichert ferner dem Rückforderungsberechtigten den Vorteil einer zwischen Hin- und Rückgabe eintretenden Preissteigerung, ohne ihm die Gefahr eines Preissturzes aufzubürden. Sie ermöglicht ihm endlich, wenn ihm im Augenblick der Geschäftsabwicklung aus irgend welchem Grund das Geldlieber sein sollte als die Sache, den Empfänger zu deren Erwerb zu nötigen. — Dieser ausserordentlichen Begünstigung des Hingebenden stehen keine entsprechenden Vorteile für den Empfänger gegenüber: er hat keine weitergehende Macht über die Sache, als er ohne Aestimation hätte, insbesondere nicht Eigentum statt blosser Detention, wie aus der Ver-

[1]) A. M. Regelsberger, Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers, in Iherings Jahrb. für D. Bd. 16 S. 159 bis 175 (1878). Der praktischen Entscheidung, die Regelsberger auf die Idee der alternativen Ermächtigung gebracht hat, ist nicht zuzustimmen; sie widerstreitet dem Rechtsgefühl und kann sich auf keine positive Bestimmung stützen. Regelsberger hat für seine Theorie keinen einzigen römisch-rechtlichen Quellenbeleg beigebracht.

neinung des Veräusserungsrechts bezüglich des fundus dotalis aestimatus in l. 11 D. de fund. dot. 23, 5 u. l. 1 C. eod. tit. 5, 23 folgt[2]). Auch die Diligenzpflicht wird nicht verringert: wird durch Schuld des Empfängers die Rückgabe der Sache überhaupt oder in vertragsmässigem Zustand unmöglich, so konzentriert sich die Obligation dadurch nicht auf Zahlung der Aestimationssumme, sofern dies nicht im einzelnen Fall verabredet ist, vielmehr bleibt es — nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen — in diesem Fall dem Gläubiger unbenommen, statt der unmöglich gewordenen Sachrückgabe sein Interesse an dieser zu fordern (vergl. Windscheid, Pand. II § 255 Z. 1. g. E.). Ein Nachteil für den Empfänger ist endlich die dauernde Unsicherheit, ob er zum Erwerb der Sache werde genötigt werden, ohne dass er auf diesen Erwerb je fest rechnen könnte, eine Unsicherheit, die nicht einmal durch Beschädigung der Sache beseitigt wird, da es dem Gläubiger natürlich freisteht, die Sache auch in beschädigtem Zustand der Aestimationssumme vorzuziehen.

Zu gunsten des Empfängers wird nur die eine Besonsonderheit anzunehmen sein: Früchte und Accessionen der Sache verbleiben ihm, auch wenn die Sache zurückgefordert wird. Dies kann zwar nicht aus l. 48 pr. D. de leg. II (31) gefolgert werden, wo es sich nur um Auslegung einer letztwilligen Bestimmung, nicht um objektives Recht handelt; dagegen ist von Bedeutung § 114 der Fragmenta Vaticana: dort sind Sklavinnen ästimiert in dotem gegeben mit Wahlrecht der Frau; die Frage dreht sich um die während der Ehe geborenen Sklavenkinder: si mulier mancipia elegisset an partus eam sequi deberent. Das Responsum des Paulus lautet: quoniam periculo mariti vixerunt ancillae, partus apud virum remanere debere. Wenn

[2]) Vgl. auch l. 26 pr. i. f. D. de praescr. verb. 19,5: si tibi scyphos dedi . . . ut vel hos scyphos vel eiusdem ponderis argentum dares . . . si mihi permissum est eligere, scyphi tui non fient etc. (alternative Verbindung von Leihe und Tausch).

auch den Vatikanischen Fragmenten keine Gesetzeskraft zukommt, so dürften diese Worte des Paulus angesichts der Unterstützung, die sie in l. 18 D. de iure dotium 23, 3 u. l. 66 § 3 D. sol. matr. 24, 3 finden, doch den aufgestellten Satz rechtfertigen.

II. Bei solchen Eigenschaften ist die aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers natürlich keine häufige Erscheinung. Ist sie aber überhaupt eine gültige Vertragsberedung? Diese Frage ist zu bejahen auf Grund folgender Stellen:

1. l. 10 § 6 D. de jure dotium 23, 3 Ulpianus[3]).

2. l. 11 D. de fundo dotali 23, 5 Africanus[4]).

3. l. 1 C. de fundo dotali 5, 23 Impp. Severus et Antoninus[5]).

4. l. 8 D. de praescriptis verbis 19, 5 Papinianus[6]).

5. l. 13 D. de quaestionibus 48, 18 Modestinus[7]).

Die drei ersten Stellen erwähnen die aestimatio mit Wahl des Gläubigers als eine gültige Abrede bei der Dosbestellung. Ueber die rechtlichen Folgen dieser Abrede enthalten sie nicht viel: der Schlusssatz der l. 10 § 6 cit., der nicht nur auf den Fall des schuldnerischen Wahlrechts zu beziehen ist[8]), spricht dem Mann die Gefahr der geschätzten Sachen zu. l. 11 cit. u. l. 1 C. cit., die das klassische Dotalrecht gegenüber dem justinianischen darstellen — s. oben § 5 —, weisen dem Ehemann bezüglich des ästimierten fundus dotalis bei Wahlrecht der Frau dieselbe Stellung an wie beim Fehlen einer aestimatio. Auf andere Verträge übertragen heisst das, dass

---

[3]) Vgl. Bas. 29, 1, 6; Ihering in Iherings Jahrb. f. D. Bd. 15 S. 391 Nro. 4.

[4]) Vgl. Bas. 29, 6, 11; Ihering a. a. O. (Anm. 3).

[5]) Vgl. Bas. 29, 6, 19.

[6]) Vgl. Bas. 20, 4, 8.

[7]) Vgl. Bas. 60, 50, 12 ; ferner Bechmann Kauf II S. 561|2.

[8]) Wie Puchta, Pand. § 415, mit den Worten „im letzteren Fall trägt der Mann die Gefahr“ anzunehmen scheint.

die aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers dem Schuldner überhaupt kein Eigentum überträgt. Und dieser letztere durch Analogie gewonnene Satz wird durch die speziell dotalrechtlichen Bestimmungen der l. 30 C. de jur. dot. 5, 12 und l. un. C. de rei ux. act. 5, 13 nicht berührt.

Die beiden letzten Stellen sprechen von dem Recht eines Bestohlenen, die Auslieferung eines des Diebstahls verdächtigen Sklaven zu peinlichem Verhör von dessen Herrn zu verlangen. Beidemal ist von Hingabe unter Abschätzung die Rede. Ist diese aestimatio als eine freie vertragsmässige und in dem Sinn geschlossene zu denken, dass dem Sklaveneigentümer für den Fall der Unschuld des Sklaven das Wahlrecht zwischen Rückgabe in specie und der Aestimationssumme zustehen soll, so haben wir die in diesem Paragraphen zu erörternde Aestimationsart vor uns. Es geht aber aus keiner der Stellen hervor, ob eine solche aestimatio nicht von der einen oder andern Seite verlangt werden konnte und vielleicht als Abschätzung durch Dritte zu denken ist, und ferner kann nicht mit Sicherheit aus den Worten si dominus pecuniam elegisset geschlossen werden, dass hier von Ausübung eines durch den Aestimationsvertrag eingeräumten Wahlrechts die Rede sei. Wenn Paulus Sent. rec. V, 16 § 3 von einer einseitigen aestimatio durch den Eigentümer spricht, indem er vom Ankläger die Bereitwilligkeit verlangt: quanti dominus taxaverit inferre pretium, so kann diese Aeusserung nicht wörtlich zu nehmen sein, sonst wäre die Auslieferungspflicht illusorisch gewesen. Ueber die Rechtsfolgen der aestimatio bei der datio in quaestionem spricht sich weder l. 8 cit., noch l. 13 cit. näher aus; nur kann aus l. 8 cit. entnommen werden, dass zur Gültigkeit des Aestimationsvertrags nicht, wie l. 13 cit. glauben machen könnte, Stipulation der Aestimationssumme nötig ist. Der Hauptinhalt der l. 8 cit. ist die Erörterung einer prozessualischen Frage (qua actione pecunia peti possit), auf die unten einzugehen sein wird.

Die angeführten fünf Stellen ergeben also für die aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers, abgesehen von der Feststellung ihrer Gültigkeit, keine nennenswerte Ausbeute.

III. Das Hauptinteresse an der aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers betrifft für uns ihre rechtliche Konstruktion.

1. Verlangt der Rückleistungsberechtigte die Erstattung der Aestimationssumme, weil die Rückgabe der Sache selbst durch Schuld des Empfängers oder durch Zufall unmöglich geworden ist, so äussert die fragliche aestimatio die Wirkung der surrogierenden aestimatio. Die surrogierende aestimatio aber steht, wie oben gezeigt, zu dem Rückgabevertrag, dem sie beigefügt ist, nicht nur ihrer äusseren Erscheinung nach, sondern auch für die systematische Auffassung im Verhältnis eines Nebenvertrags. Daraus folgt als erstes konstruktorisches Ergebnis: die aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers enthält einmal den Nebenvertrag der surrogierenden aestimatio.

2. Wählt der Rückforderungsberechtigte die Aestimationssumme, obgleich die Sache selbst zurückgegeben werden könnte, so ist der thatsächliche Ausgang des Geschäfts nicht Sachhingabe gegen Sachrückgabe, sondern Sachübereignung gegen Geldübereignung, m. a. W. Umsatz von Ware gegen Geld. Da dieser Umsatz auf freiem Vertrag beruht, so erscheinen hiemit die Thatbestandsmerkmale des Kaufs gegeben. Zwingt die Möglichkeit dieses Verlaufs, in der aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers einen Kaufvertrag zu erblicken? Hat die genannte Aestimationsberedung nicht dennoch Platz in dem systematischen Rahmen der Rückgabeverträge? Letztere Frage muss verneint werden[9]: als Nebenvertrag im systematischen Sinn kann eine Willenserklärung, die dem Inhalt des Hauptvertrags entgegengesetzt ist, nicht gelten; der Wille, eine Sache auf Rückgabe zu empfangen, ist aber das Gegen-

[9] A. M. Czyhlarz, Dotalrecht § 46.

teil des Willens, eine Sache endgültig [10]) zu erwerben. Die aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers ist also, insofern sie diesem das Recht auf die Aestimationssumme trotz möglicher Sachrückgabe einräumt, soweit sie substituierende aestimatio ist, kein Nebenvertrag, sondern ein selbständiger Kaufvertrag. Dieser Kauf ist aber bedingt [11]) einmal durch den Nichtuntergang der Sache, sodann durch das Wollen des Rückforderungsberechtigten, also des Verkäufers; da nun ein Kauf, an den der eine Teil gebunden ist, sofern innerhalb gewisser Zeit der andere seine Willensübereinstimmung erklärt, mit einem modernen Ausdruck als (bindende) Kaufsofferte bezeichnet werden kann [12]), so haben wir in der aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers einen Fall vor uns, in dem das römische Recht der Kaufsofferte des Käufers bindende Kraft beilegt, während es diese — nach der herrschenden Ansicht — sonst nur bei der Offerte des Verkäufers in der Form des Probekaufs anerkennt.

3. Mit dem Ausgeführten soll nicht gesagt werden, dass ein Rückgabevertrag durch Beifügung der aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers aufhöre, ein Rückgabevertrag zu sein, dass dann nur ein bedingter Kauf vorliege. Bloss von dem endgültigen Eigentumserwerb an der hingegebenen Sache, der für den Empfänger mit der Leistung [13]) der Aestimationssumme eintritt, gilt, dass er nicht auf Grund des Rückgabevertrags erfolgen kann. Dagegen fragt es sich, ob bis zur Entscheidung des Hingebenden der Em-

---

[10]) Endgültig! Etwas ganz anderes ist die Frage, ob es mit dem Wesen der Rückgabeverträge vereinbar sei, dass dem Empfänger für die Dauer des Vertragsverhältnisses das Eigentum am Vertragsgegenstand übertragen wird. S. unten.

[11]) Chambon a. a. O. S. 23|24; Mommsen a. a. O. S. 278 f.

[12]) Vgl. Bekker, Pand., 2. Bd., § 106 Beil. II S. 216/7.

[13]) Nicht schon mit der Erklärung des Rückforderungsberechtigten, dass er sich für die Aestimationssumme entscheide. Beim Kauf geht Eigentum erst mit Bezahlung oder Kreditierung über.

pfänger den Vertragsgegenstand kraft Rückgabevertrags oder kraft Kaufs in Händen hat. Hiefür ist das Verhältnis zwischen Rückgabevertrag und bedingtem Kaufvertrag massgebend, das ein verschiedenes sein kann, wie sich vielleicht am einfachsten an einem Mietvertrag mit aestimatio zeigen lässt. Entweder geht der Vertragswille dahin, der Mieter solle für die Benützung der Sache in der Zeit bis zur Wahlausübung seitens des Vermieters auch dann Mietzins bezahlen, wenn dieser sich für die Aestimationssumme entscheiden werde. Oder ist gewollt, dass bei künftiger Entscheidung des Vermieters für die Aestimationssumme kein Mietzins für die Zeit bis dahin bezahlt, vielmehr alles so gehalten werden solle, wie wenn von Anfang an ein unbedingter Kauf geschlossen worden wäre (z. B. derart, dass dann der Kaufpreis vom Tag der einstigen Sachhingabe an nachträglich zu verzinsen ist). Im ersteren Fall liegt ein unbedingter Rückgabevertrag vor, verbunden mit einem suspensiv bedingten Kauf; die Innehabung der Sache durch den Empfänger bis zur Entscheidung des Vermieters findet einzig und unbedingt auf Grund des Rückgabevertrags statt, nur das endgültige Behalten auf Grund des Kaufs, sofern dieser perfekt wird. Im letzteren Fall sind beide Verträge, sowohl der Rückgabevertrag, als der Kaufvertrag, bedingt und zwar jeder durch das vom Willen des Gläubigers abhängige Nichtzustandekommen des andern; jedem aber ist für den Fall seines Zustandekommens vertragsmässig rückwirkende[14]) Kraft beigelegt. Kommt es zur Sachrückgabe, so erfolgt sie allein auf Grund des Rückgabevertrags, kommt es zur Leistung der Aestimationssumme, so ist sie lediglich Vollzug des Kaufs. Der Rechtsgrund für die Innehabung der Sache durch den Empfänger bis zur Entscheidung ist aber weder der Rückgabevertrag allein, noch der Kauf allein, sondern eben das alternativ bestimmte Rechtsgeschäft, das die Eigenschaft hat und, um

[14]) Vgl. Bekker, Pand., 2. Bd. § 116 Beil. II.

denkbar zu sein, haben muss, dass bis zur Entscheidung ein thatsächlicher Zustand möglich ist, der ex post ebenso als Vollzug des einen, wie als Vollzug des andern Vertrags erscheinen kann. — Das in dem gewählten Beispiel von der Mietzinszahlung Gesagte gilt entsprechend von der Herausgabe der Früchte und Accessionen, von der Unterhaltungspflicht etc.; es sind deshalb auch bei Leihe, Depositum und dergl. die beiden geschilderten Arten von Verbindung des Rückgabevertrags mit dem Kauf denkbar und unterscheidbar[15]).

4. Die oben angeführten Quellenstellen bestätigen weder die unter 1.—3. versuchte Konstruktion der aestimatio mit Wahlrecht des Hingebenden, noch widersprechen sie ihr. Nur l. 8 D. praescr. verb. 19, 5 berührt eine systematische Frage. Papinian lässt hier den Sklaveneigentümer auf die Aestimationssumme, für die er sich entschieden hat, mit actio praescriptis verbis klagen und bezeichnet das Geschäft einschliesslich der aestimatio als ein certa lege dari. Also, könnte gefolgert werden, hat Papinian die aestimatio nicht als bedingten Kauf aufgefasst. Aber ganz abgesehen davon, dass wir bei dem Mangel weiterer Quellenstellen über das fragliche Geschäft nicht genügend unterrichtet sind und daher nicht sicher feststellen können, wie der Sklaveneigentümer zu dem eligere pecuniam gekommen ist — abgesehen hievon liegt ein ungewöhnlich verlaufener Fall von datio in quaestionem vor; der Sklave ist nicht gefoltert, es ist weder seine Schuld noch seine Unschuld erwiesen worden. Bedingung des in der aestimatio liegenden Kaufs ist aber, dass die Unschuld des Sklaven erwiesen wird (denn im gegenteiligen Fall ist der Empfänger weder zur Rückgabe, noch zur Geldleistung verpflichtet); vorher kann allerdings von einem Kauf keine Rede sein. Gerade die

[15]) Als Vereinigung eines pactum de casu praestando und eines bedingten Kaufs fasst auch Bechmann, Kauf II S. 565 Anm. 3, die in Rede stehende aestimatio auf.

Nichtverwirklichung des Zwecks der Hingabe und die daraus entspringende Ungewissheit, ob der Empfänger den Sklaven kraft actio noxalis zurückzubehalten berechtigt ist oder nicht, macht u. E. den Papinian über die anzustrengende Klage zweifelhaft. Die l. 8 cit. kann daher für andere Geschäfte als die datio servi in quaestionem in keiner Beziehung verwertet werden.

2. Die aestimatio als Begründung einer Alternativobligation auf Sachrückgabe oder Leistung der Aestimationssumme nach Wahl des Schuldners[16]).

I. Wenn beim Abschluss eines Rückgabevertrags vertragsmässig als zweiter Gegenstand der Rückleistungsobligation neben die Sache selbst ein bestimmter Geldbetrag gesetzt und dem Empfänger der Sache das Wahlrecht eingeräumt wird, so kann damit entweder nur eine Erweiterung der Rechte oder zugleich auch eine solche der Pflichten des Empfängers gegenüber dem typischen Rückgabevertragsinhalt gewollt sein. Ob dies oder jenes zutrifft, wird der Wortlaut der Vertragsberedung meist ausser Zweifel setzen. Die Bestimmung, der Empfänger dürfe statt der Sache auch Geld zurückerstatten, und die Bestimmung, der Empfänger müsse entweder die Sache oder Geld zurückerstatten, unterscheiden sich dadurch von einander, dass jene facultas alternativa nicht wie diese Alternativobligation die Gefahr der Sache auf den Empfänger überträgt. Die Rechte dagegen, die dem Empfänger durch die facultas alternativa eingeräumt werden, sind dieselben, wie die aus der Alternativobligation sich ergebenden. Ein weiteres Eingehen auf die facultas alternativa der Geldrestitution ist daher hier nicht geboten, die Beantwortung der sich etwa ergebenden Fragen liegt in dem, was über die auf

[16]) Vgl. Chambon a. a. O. S. 27 ff., Bechmann, Kauf II S. 565; Sintenis, Pand., 3. Aufl., III § 133.

Sache oder Aestimationssumme gerichtete Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners auszuführen ist.

II. Diese aestimatio, von der jetzt die Rede sein soll, unterscheidet sich von der aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers dadurch, dass von ihr jede Partei Vorteil und Nachteil hat. Sie belastet einmal den Empfänger mit der Gefahr der hingegebenen Sache. Es gilt von ihr wie von der aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers: aestimatio facit periculum, wobei aber zu beachten ist: wenn der Aestimationsvertrag ausdrücklich eine alternative Verpflichtung des Schuldners begründet, so müssen sie an die Möglichkeit eines casus gedacht haben (denn sonst hätten sie eben nur eine facultas alternativa festgesetzt); bei der aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers dagegen ist denkbar, dass die Vertragschliessenden an die Gefahrtragung gar nicht gedacht haben, und trotzdem überträgt dann die aestimatio die Gefahr auf den Empfänger, wenn dieser nicht seinerseits beweist, dass an der Gefahrverteilung durch jenen Nebenvertrag nichts geändert werden wollte. — Andererseits giebt die aestimatio mit Wahlrecht des Empfängers diesem ein beliebig auszuübendes Recht, die Sache gegen Bezahlung endgültig zu erwerben, während der Hingebende bis zuletzt nicht weiss, ob er die Sache oder die Aestimationssumme erstattet bekommen wird. Sie verleiht ihm als Gegengewicht gegen das periculum ferner einen Anspruch auf Früchte und Accessionen; dies wird nach dem bei der aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers Gesagten auch hier gelten müssen. Sie sichert ihm weiter die Vorteile einer zwischen Hingabe und Rückgabe eintretenden Preissteigerung, ohne ihn die Gefahr eines Preissturzes tragen zu lassen. Endlich sollte man meinen, sie hebe die Diligenzpflicht des Empfängers bezüglich der Sache auf; da dieser sich bis zuletzt entschliessen kann, die Sache dauernd zu behalten, so muss er wohl auch frei mit ihr schalten und walten dürfen. Allein hier ist zu beachten, dass die bei schuldhafter Un-

möglichkeit der Sachrückgabe eintretende Geldobligation u. U. keine Deckung für den Gläubiger enthält, wenn nämlich der Schuldner zahlungsunfähig ist; aber freilich hat ein Anspruch auf Diligenz des Empfängers für den Hingebenden nur dann einen Wert, wenn er bei Nichtbezahlung der Aestimationssumme die hingegebene Sache selbst als sein Eigentum an sich zurückzuziehen in der Lage ist. Die Frage, ob der zur Wahl zwischen Sach- und Geldrestitution berechtigte Empfänger zur Diligenz verpflichtet sei oder nicht, trifft demnach zusammen mit der andern Frage, ob die in Rede stehende aestimatio das Eigentum an der hingegebenen Sache sofort auf den Empfänger übertrage[17]). — Die Antwort auf diese neue Frage ist schnell fertig für die Schriftsteller, die den Satz aufstellen: an dem (Species-) Gegenstand eines an sich blosse Detentionsübergabe voraussetzenden Rückgabevertrags kann während der Dauer des Rückgabevertragsverhältnisses dem Empfänger unmöglich das Eigentum übertragen werden[18]). Begründet wird dieser Satz von Leist mit dem Trugschluss, da man nicht Depositar etc. seiner eigenen Sache sein könne (l. 45 pr. D. de reg. jur. 50, 17), so könne man auch nicht Eigentümer einer als Depositum etc. erhaltenen Sache sein. Die Unrichtigkeit dieser Beweisführung und ihres Ergebnisses ist durch Bekker[19]) genügend dargethan worden. — Die umgekehrte Vorstellung, dass die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners Eigentum übertragen müsse, kann auf Grund folgender Gedankenreihe zustande kommen: die genannte aestimatio stellt es dem Empfänger anheim, die Sache zu kaufen; erklärt er also seinen Kaufswillen, so ist der Kauf perfekt; die Uebergabe der Sache ist schon er-

[17]) Vgl. hiezu u. A. die Litteratur des Trödelvertrags (bei Windscheid, Pand. II § 383) und die oben § 1 Anm. 8 cit. Entsch. des ROHG.s, sowie Entsch. des RG. in Strafs. Bd. 3 S. 154.

[18]) Leist, Mancipation und Eigentumsübertragung § 48—52, und derselben Ansicht wohl Sell im Archiv. f. civ. Pr. Bd. 19 S. 302 ff.

[19]) Bekker in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 9 S. 254—268.

folgt, also ist das Eigentum mit jener Willenserklärung vorhanden; da aber ein Recht, das man hat, sobald man will, als bereits erworben anzusehen ist, so ist der Empfänger nicht erst Eigentümer, wenn er erklärt, kaufen zu wollen, sondern schon von dem Augenblick der Hingabe an, mit der sein Recht zu jener Willenserklärung beginnt. Den Hauptfehler in diesen Sätzen enthalten die Worte: die Uebergabe der Sache ist schon erfolgt, also ist das Eigentum mit jener Willenserklärung vorhanden. Durch Uebergabe der Kaufsache an den Käufer überträgt der Verkäufer diesem das Eigentum nur dann, wenn er die Uebergabe vornimmt, um damit seine kaufvertragsmässige Pflicht zur Eigentumsübertragung zu erfüllen; und in diesem Sinn geschieht die Tradition, wenn entweder der Kaufpreis sogleich bezahlt wird oder dem Verkäufer die Kaufpreisforderung so gut ist wie bares Geld, m. a. W. wenn er Kredit gewähren will. Ist weder das eine noch das andere der Fall, so geschieht die Uebergabe eben nicht auf Grund und in Vollzug des Kaufs, sondern vermöge eines zweiten Geschäfts, das sich zwischen Kaufvertrag und Kaufvollzug für die Zeit bis zur Zahlung des Kaufpreises einschiebt, z. B. auf Grund eines Pekarium[20]). Erfolgt dann später die Bezahlung des Kaufpreises, so hat allerdings die bereits erfolgte Tradition die Wirkung, dass der Verkäufer nicht noch einmal, kraft des Kaufvertrags, tradieren muss, weshalb die Tradition nunmehr ex post auch als ein Stück Vollzug des Kaufs erscheint. Erfolgt die Kaufpreiszahlung aber zum vertragsmässigen Termin nicht, so verlangt der Eigentümer die Kaufsache mit rei vindicatio oder mit der Klage aus dem — abgelaufenen — Prekarium oder dergl.

[20]) Vgl. zu den vorstehenden Sätzen den Aufsatz über das pactum reservati dominii von Gustav Pfizer im Württ. Archiv für R. u. Rsverw. Bd. 15 S. 209 ff. (1872), der nachweist, dass der Eigentumsvorbehalt beim Kauf die Erklärung des Verkäufers ist, vor Barzahlung die Sache nicht qua Kaufgegenstand, sondern nur bittweise, leihweise übergeben zu wollen.

zurück, und wenn der Käufer exceptionsweise seinen kaufmässigen Anspruch auf Uebergabe (also jetzt auf fernere Ueberlassung) des Besitzes geltend macht, so dringt gegen ihn die Replik durch, dass der Verkäufer nur zur Leistung Zug um Zug verpflichtet, also vor Zahlung des Kaufpreises zur Rückforderung der Sache berechtigt sei, wie er zur Zurückhaltung der noch nicht übergebenen berechtigt wäre. Anders ausgedrückt: es kommt dann nicht zum Uebergang des Eigentums auf den Käufer, weil ein Kaufvertrag unter der Bedingung der Barzahlung vorliegt. Die Gültigkeit dieser Bedingung ist vom römischen Recht ausdrücklich anerkannt: vgl. tit. D. de lege commissoria 18, 3. — Aus dem Gesagten folgt: die Behauptung, die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners habe sofort Eigentumsübergang zur Folge, ist dann richtig, wenn bei einem mit der genannten aestimatio verbundenen Rückgabevertrag die Hingabe der Sache als auf Grund Kaufs, nicht auf Grund Rückgabevertrags erfolgend angesehen werden muss; denn dann geht aus der trotz der Verabredung späterer Kaufpreiszahlung sofort vorgenommenen Vertragserfüllung seitens des Verkäufers dessen Kreditierungswille hervor. Kann aber der Rechtsgrund der Hingabe etwas anderes als Kauf sein, so setzt jene Behauptung die Erbringung des Beweises voraus, dass die einem Rückgabevertrag beigefügte Ermächtigung des Empfängers, die Sache gegen Geld zu erwerben, auf seiten des Hingebenden ohne Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit des Empfängers, m. a. W. ohne Geneigtheit zur Kreditgewährung nicht denkbar sei. Dass weder die eine noch die andere der angedeuteten Voraussetzungen zutrifft, dass die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners daher nicht notwendig sofort Eigentum überträgt, wird sich alsbald zeigen, wenn wir zur Konstruktion des genannten Aestimationsvertrags übergehen.

III. Während die aestimatio als Erteilung einer facultas alternativa lediglich substituierenden Charakter hat, stellt die aestimatio mit Wahlrecht des alternativ verpflich-

teten Schuldners, wie diejenige mit Wahlrecht des Gläubigers, eine Verbindung von surrogierender aestimatio und substituierender aestimatio dar.

1. Insofern sie den Empfänger zur Gefahrtragung verpflichtet, enthält sie den Nebenvertrag der surrogierenden aestimatio (vergl. das bei der aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers Gesagte). In Bezug auf Umfang und Verwirklichung der Gefahrtragung kann daher auf das in § 4 Ausgeführte verwiesen werden.

2. Insofern sie dem Empfänger ein Recht auf Erwerbung der Sache gegen Geld einräumt, giebt sie, wie die aestimatio mit Wahlrecht des Gläubigers, die Frage auf, ob sie als wahrer Nebenvertrag eines Rückgabevertrags bezeichnet werden kann oder ob sie einen bedingten Kauf, sei es neben den Rückgabevertrag, sei es an dessen Stelle setzt. Die Antwort lautet aus denselben Gründen, wie bei jenem andern Aestimationsvertrag, dahin, dass sie einen Nebenvertrag nur der Form, aber nicht dem Wesen nach sei, dass sie vielmehr als bedingt substituierende aestimatio einen bedingten Kauf darstelle, und zwar diejenige Art des bedingten Kaufs, die vom römischen Recht unter dem Namen emptio si placuerit als für den Verkäufer bindend anerkannt ist, die wir heute Probekauf zu nennen pflegen und die auch als Verkaufsofferte bezeichnet werden kann[21]). Aber so wenig wie jeder andere Aestimationsvertrag verwandelt die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners das ganze Geschäft aus einem Rückgabevertrag in einen Kauf, sondern sie stellt eine Verbindung von Rückgabevertrag und bedingtem Kauf dar. Auch die zwei verschiedenen Möglichkeiten solcher Verbindung finden wir hier wieder: entweder unbedingter Rückgabevertrag, verbunden mit bedingtem Kaufvertrag, oder beide Verträge bedingt, jeder durch das vom Willen des Empfängers abhängige Nichtzustandekommen des andern, m. a. W. alternative

[21]) Vgl. Bekker, Pand., 2. Bd. § 106 Beil. II.

Verbindung von Rückgabevertrag und Kauf (vergl. l. 20 § 1 D. de praescr. verb. 19, 5). Das führt zu der Frage des Eigentumsübergangs zurück. Nach dem Gesagten erfolgt die Hingabe der Sache entweder auf Grund des unbedingten Rückgabevertrags und hat dann nur die eine Eigentümlichkeit, beim späteren Perfektwerden des Kaufs nochmalige Tradition überflüssig zu machen. Oder sie erfolgt auf Grund des alternativ bestimmten Rechtsgeschäfts, m. a. W. der Rechtsgrund der Hingabe ist in pendenti. In beiden Fällen kann die Behauptung des Eigentumsübergangs offenbar nicht darauf gestützt werden, dass die Sache auf Grund eines Kreditkaufs übergeben sei. Es bleibt also nur die Frage, ob, wenn eine Sache auf Grund Rückgabevertrags hingegeben wird, aus der gleichzeitigen Stellung einer Verkaufsofferte seitens des Hingebenden zu schliessen ist, dass er eine obligatorische Forderung an den Empfänger für gleich sicher hält, wie einen dinglichen Rückforderungsanspruch, und ihm daher kreditweise schon jetzt das Eigentum überlassen will. Dies muss unbedingt verneint werden und zwar einfach deshalb, weil eine Verkaufsofferte ausdrücklich oder stillschweigend unter der Bedingung der Barzahlung gemacht sein kann. Oder was wäre Auffallendes, Widerspruchsvolles darin zu finden, wenn jemand einem unvermöglichen Mann ein Geschäft oder ein Landgut oder dergl. auf so und so viele Jahre verpachtete und dem Pächter erklärte: so lange die Pacht dauert, räume ich dir nicht mehr Rechte ein, als bei einem gewöhnlichen Pachtvertrag; wenn du aber bis Ablauf der Pachtzeit so viel bares Geld besitzest, als die Uebernahmetaxe beträgt, so kannst du den Pachtgegenstand dann gegen Bezahlung dieser Summe als dein Eigentum behalten —? Ist also die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners nicht notwendig ein Kreditgeschäft, so kann sie es doch sein: der Veräusserungswille des Hingebenden kann nicht nur dahin gehen, dass am Ende der Rückgabevertragszeit der Empfänger sich — gegen Barzahlung — zum

Eigentümer der Sache solle machen dürfen, sondern der Sinn des Vertrags kann auch der sein, es solle dem Empfänger jederzeit freistehen, sich für das Behalten der Sache zu entschliessen und sogleich vom Augenblick dieses Entschlusses an, unabhängig von der Bezahlung der Aestimationssumme, frei zu verfügen. Bei diesem Vertragswillen ist das Eigentum des Empfängers als lediglich von seinem Willen abhängend für bereits mit der Sachhingabe entstanden zu erachten. Der in Rede stehende Aestimationsvertrag kann also als Kreditgeschäft geschlossen werden, er kann sofort Eigentumsübergang zur Folge haben[22]). Ob ein Kreditgeschäft vorliegt oder nicht, das ist Thatfrage, zu deren Entscheidung der grössere oder geringere Wert der Sache, insbesondere im Verhältnis zum Vermögen des Empfängers, die Stellung der Vertragsparteien zu einander (ob sie einander bekannt oder fremd sind), vor allem aber auch die näheren Bestimmungen des Rückgabevertrags Anhaltspunkte liefern können: wird z. B. in einem Pachtvertrag dem Pächter sorgfältige Behandlung des Inventars zur Pflicht gemacht oder dergl., so ist hieraus zu entnehmen, dass der Verpächter sich seines Eigentums nicht begeben will.

IV. Die Ergebnisse der vorstehenden, auf allgemeine Rechtsgrundsätze sich stützenden Ausführungen über aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners sind nunmehr an den Aeusserungen der Quellen auf ihre Richtigkeit zu prüfen. In Betracht kommen zwei Stellen aus dem Dotalrecht:

[22]) Wir haben in § 5 unsere Terminologie so gewählt, dass wir die Verbindung eines Rückgabevertrags mit einem durch Barzahlung bedingten, befristeten Kauf von der substituierenden aestimatio ausgeschlossen haben. Dementsprechend wäre die nicht mit Kreditgewährung verbundene aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners nicht als bedingt substituierende aestimatio zu bezeichnen, sondern als Verbindung eines Rückgabevertrags mit einem nicht nur durch das Wollen des Schuldners, sondern auch durch Barzahlung bedingten, befristeten Kauf. — Darüber, dass ein bedingtes Geschäft immer auch befristet ist, vgl. Bekker, Pand., 2. Bd. § 114 Beil. II.

l. 10 § 6 D. de jure dotium 23, 3 u. l. 11 D. de fund. dot. 23, 5; zwei Stellen über vendendum dare: l. 1 D. de aestimatoria 19, 3 u. l. 17 D. de praescr. verb. 19, 5; sowie l. 6 § 5 C. de sec. nupt. 5, 9.

1. und 2. l. 10 § 6 D. de jure dotium 23, 3 u. l. 11 D. de fundo dotali 23, 5.

Dass l. 10 § 6 cit. von einer Alternativobligation zur Zahlung der Aestimationssumme handelt, beweist die Auseinandersetzung, dass im Zweifel dem Mann als Schuldner das Wahlrecht zustehe; bei einer blossen facultas alternativa wäre darüber kein Wort zu verlieren gewesen. Das arbitrium mariti der l. 11 cit. dagegen könnte ebensogut eine blosse facultas alternativa bezeichnen. Einen Beitrag zur Konstruktion der aestimatio liefert keine der Stellen. Die Gefahrtragungspflicht des Schuldners bestätigt l. 10 § 6 cit. Weit interessanter aber ist, dass l. 11 cit. in der aestimatio mit Wahlrecht des Ehemanns einen Grund für die Unanwendbarkeit der lex Julia findet, die die Veräusserung des fundus dotalis durch den Ehemann verbietet (ebenso mittelst arg. a contr. die l. 1 C. de fund. dot. 5, 23). Diese Entscheidung der l. 11 cit. wird allerdings alteriert durch l. 30 C. de jur. dot. 5, 12 u. l. 1 C. de rei ux. act. 5, 13, aber damit behält sie für andere Verträge als die Dos doch ihre Bedeutung, und diese Bedeutung ist: wenn die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners dem Empfänger eines fundus dotalis nicht nur dotales Eigentum, sondern frei veräusserliches Eigentum verleiht, so heisst das, auf andere Verträge übertragen, so viel als: die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners überträgt das Eigentum auf den Empfänger. — Steht dies nicht mit den Ergebnissen der obigen Ausführungen im Widerspruch? Ja dann, wenn die Entscheidung der l. 11 cit. ein objektiver Rechtssatz und zwar ein nicht nur für das Dotalrecht gültiger, sondern auch auf andere Rückgabeverträge entsprechend übertragbarer Rechtssatz ist. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu. Hier ist auf l. 26 pr. D. de praescr. verb. 19, 5 u. auf

l. 5 § 18 D. de tribut. act. 14, 4 einzugehen. Aus l. 26 pr. cit. wäre nach Wendt (Arch. f. civ. Pr. Bd. 22 S. 396 f.) ein objektiver Rechtssatz des Inhalts abzuleiten, dass, wer eine Sache alternativ nach seiner Wahl auf Rückgabe oder zum Zweck eines Umsatzgeschäftes erhält, durch die Hingabe deren Eigentümer werde. Dieser Schlussfolgerung ist aber nicht beizutreten. Für die Frage der Uebertragbarkeit der Entscheidung der l. 26 pr. cit. auf die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners, die einen bedingten Kauf enthält, ist, wie Bechmann (Kauf II S. 565 Anm. 3) gegen Wendt hervorgehoben hat, zu beachten, dass in l. 26 pr. cit. von alternativer Verbindung zwischen Leihe und Tausch, nicht Kauf, die Rede ist. Für den Tausch aber besteht nicht, wie für den Kauf, der Rechtssatz, dass der Eigentumsübergang von dem Vollzug der Gegenleistung oder deren Kreditierung abhängt. Deshalb kann l. 26 pr. cit. auf die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners nicht entsprechend angewendet werden. (Man beachte auch die Schlussworte: scyphi non tui fient antequam dixero me eos habere nolle; also der blossen Erklärung des Wahlberechtigten, dass er sich für Tausch entscheide, wird eigentumsübertragende Wirkung beigelegt; bei bedingtem Kauf verlöre der Verkäufer nicht durch seine blosse Erklärung, sondern erst im Augenblick der Preiszahlung sein Eigentum; vergl. oben Anm. 13). — Aber selbst wenn l. 26 pr. cit. auf ästimatorische Verträge anwendbar wäre, wäre sie es doch nicht im Sinn eines zwingenden Rechtssatzes, der gälte, einerlei ob der Hingebende hat Kredit geben wollen oder nicht. Dies beweist l. 5 § 18 cit. Dort ist einem Sklaven von seinem Herrn, mit dessen Zustimmung er Handel treibt, eine Sache zum Verkauf gegeben. Wir können unbedenklich voraussetzen, dass ein Minimalverkaufspreis festgesetzt war in dem Sinn, dass der Mehrerlös Geschäftsgewinn des Sklaven sein sollte. Die Verpflichtung des Sklaven ging also auf Rückgabe der Sache (bei Unverkäuflichkeit) oder auf Zahlung der festgesetzten Geld-

summe. Die Frage, die auftaucht, ist die, ob dem Herrn im Konkurs des Sklaven ein Aussonderungsrecht zustehe oder nicht. Und wie entscheidet Ulpian? Er erklärt, es komme darauf an, ob der Herr dem Sklaven Kredit gegeben habe oder nicht. Dies stimmt vollkommen mit dem Ergebnis überein, zu dem wir oben gelangt sind.

3. l. 1 D. de aestimatoria 19, 3 Ulpianus[23]).

4. l. 17 § 1 D. de praescriptis verbis 19,5 Ulpianus[23]).

Diese beiden Stellen haben, da sie als sedes materiae für den sogenannten Trödelvertrag, contractus aestimatorius, angesehen werden, eine sehr beträchtliche Litteratur. Nur im Anschluss an sie sind lange Zeit die übrigen von aestimatio sprechenden Stellen behandelt worden, so dass die Litteratur der Aestimationsverträge einigermassen zusammenfällt mit derjenigen des Trödelvertrags. Da dieser letztere aber als ein besonderer Vertrag heutzutage keinerlei praktische Bedeutung mehr hat (das Bürgerliche Gesetzbuch hat ihn als überflüssig gestrichen, wie die Motive ergeben), so wird hier in der Hauptsache nur noch zu untersuchen sein, was jene beiden Stellen für die Aestimationslehre im allgemeinen ergeben. Immerhin muss einleitend kurz vom vendendum dare überhaupt die Rede sein. Die Hingabe einer Sache zum Verkauf bildet nicht den Thatbestand eines selbständigen Vertragstypus; je nach den Parteiverabredungen kann vielmehr vorliegen Mandat (l. 1 D. de aest. 10, 3), Dienstmiete (eod.), Werkverdingung (eod.), Ge-

---

[23]) Vgl. Bas. 20,4, 8 und 17; ferner die Litteratur des Trödelvertrags (bei Windscheid Pand. II § 383); Entsch. des ROHG.s s. oben § 1 Anm. 8.; Arndts, Pand., § 290; Wächter, Pand., § 210; Schirmer in ZSchr. f. Rsgesch. v. Rudorff, 10. Bd. S. 82; Ihering in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 15 S. 389 ff. — Die Terminologie schwankt: Wendt nennt jedes vendendum dare Trödelvertrag; Brinz fragt, ob es einen besonderen Trödelvertrag gebe, bejaht dies auf Grund einer Reihe von Stellen, die von vendendum dare ohne aestimatio sprechen, und definiert Trödelvertrag dann doch als Hingabe unter Schätzung (a. a. O. S. 1 ff.).

sellschaftsvertrag (l. 44 D. pro socio 17, 2), m. a. W. einer der benannten Kontrakte des römischen Rechts. Berechtigungen und Verpflichtungen sind dann nach den Regeln des betreffenden Vertrags zu beurteilen und mit der betreffenden Vertragsklage zu verwirklichen. Wenn aber res aestimata zum Verkauf gegeben wurde, so herrschte nach Ulpian (l. 1 cit.) Zweifel über die actio, die anzustellen sei (zu welchem Ende, ob zur Rückforderung der Sache oder zur Erlangung der Aestimationssumme, ist nicht gesagt). Nun wird beim vendendum dare regelmässig ein Minimalpreis vom Verkäufer festgesetzt werden; dies könnten die Römer auch aestimare genannt haben; offenbar aber kann, wenn z. B. jemand einem Freund den Auftrag giebt, etwas für ihn zu verkaufen, diesem Geschäft die Natur des Mandats nicht geraubt werden durch blosse Beschränkung der Verkaufsvollmacht auf einen gewissen Mindestpreis. Ebenso wenig ändert, wie oben (§ 4) gezeigt worden ist, die surrogierende aestimatio etwas an dem Charakter des Rückgabevertrags, dem sie beigefügt wird. Mit den Worten cum res aestimata vendenda datur kann also Ulpian weder die blosse Ansetzung eines Mindestpreises, noch surrogierende aestimatio sei's mit, sei's ohne Gefahrübernahme, gemeint haben. Welchen Sinn die aestimatio der l. 1 cit. hat, das ergiebt sich aus der Vergleichung mit l. 13 D. praescr. verb. 19, 5, die mit einer ganz ähnlichen processualen Erörterung wie jene beginnt: gemeint ist die Ansetzung eines Preises derart, dass der vendendum accipiens nicht weniger Geld bringen darf, falls er nicht die Sache selbst zurückbringt, dass er andererseits nicht mehr bringen muss, sondern einen etwaigen Mehrerlös für sich erhält. Die Gründe, warum dieser Vertrag Zweifel über die anzustellende actio erweckte, sind hier nicht zu erörtern[24]); interessant sind nur die Worte: utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, wonach die Möglichkeit der Konstruktion eines

[24]) Hierüber Ausführliches bei Chambon und Brinz je a. a. O.

Verkaufs (an wen?) auch in Erwägung gezogen wurde; jedoch ist diese Bemerkung zu dürftig, als dass sie weitere Schlüsse zuliesse. Vom modernen Standpunkt ist über die Konstruktion der genannten Vereinbarung folgendes zu sagen: die Hingabe zum Verkauf ist Werkverdingung, wenn unter allen Umständen dem vendendum accipiens für seine erfolgreiche Mühe etwas bezahlt wird; ob diese Konstruktion auch zutrifft, wenn er lediglich auf die Möglichkeit eines Mehrerlöses als Belohnung angewiesen ist, und wie das Recht zum Behalten des Mehrerlöses neben einem Anspruch auf Provision aufzufassen ist, das sind Fragen, die mit der Lehre von den ästimatorischen Verträgen nichts zu thun haben. Die aestimatio aber, die dem vendendum dare beigefügt wird, enthält erstens eine einseitige Willenserklärung des Hingebenden, durch die er die Verkaufsvollmacht des Empfängers beschränkt (sofern dieser nicht daraufzahlen will und kann); ausserdem aber gewährt sie dem Empfänger die Möglichkeit, die Sache um diesen Geldbetrag selbst zu erwerben; denn dem Hingebenden wird es gleichgültig sein, wessen Geld er erhält, wenn es nur die volle Aestimationssumme ist. (Denkbar ist allerdings, dass der Hingebende den Selbsteintritt des Empfängers untersagte; allein dieses Verbot wäre leicht zu umgehen.) Die Hingabe einer Sache zum Verkauf unter Festsetzung eines Betrags, über den hinaus der Erlös dem Empfänger zufallen solle, besteht also, systematisch gesprochen, 1. aus einem — hier nicht näher zu qualifizierenden Vertrag auf Weitergabe (Rückgabevertrag ist das vendendum dare erst in letzter Linie), 2. aus einer Verkaufsofferte an den Empfänger [25]) (substituierende aestimatio). — Ueber die Wirkung dieses Geschäfts bezüglich des Eigentums, die sehr bestritten ist, enthalten l. 1 cit. und l. 17 § 1 cit. nichts; auf Grund der obigen allgemeinen Ausführungen und insbesondere auch auf Grund von l. 1 § 18 D. de trib. act.

---

[25]) So auch Bechmann, Kauf II § 230.

14, 4 ist aber der Eigentumserwerb durch den Empfänger für abhängig von dem Kreditierungswillen des Hingebenden zu erklären. — Am meisten Streit haben jedoch die beiden citierten Stellen von jeher über die Frage der Gefahrtragung beim vendendum dare hervorgerufen. In l. 1 cit. sagt Ulpian, nachdem er als ganze Thatbestandsbeschreibung die Worte res aestimata vendenda datur vorausgeschickt hat: aestimatio facit periculum. Warum geht die Gefahr über? weil dem Empfänger freisteht, statt der Sache selbst die Aestimationssumme zurückzubringen? Aber damit ist doch nicht notwendig eine Alternativobligation auf Geld, sondern möglicherweise nur eine facultas alternativa gegeben! Oder setzt Ulpian voraus, dass der Empfänger sich ausdrücklich alternativ (eben für den Fall des Sachuntergangs) zur Zahlung der Aestimationssumme verpflichtet habe? Dann wäre aber doch diese Verpflichtungserklärung und nicht irgend eine andere Vertragsberedung der Grund des Gefahrübergangs, und die Worte aestimatio facit periculum sprächen die grosse Wahrheit aus: die Gefahrübernahme überträgt die Gefahr! Die genannten Worte sind also wohl als Auslegungsregel aufzufassen; hievon ist aber an diesem Ort nicht zu handeln (s. § 8).

Bereitet so die Gefahrentscheidung der l. 1 cit. schon für sich allein der Erklärung Schwierigkeiten, so scheint sie vollends unvereinbar zu sein mit l. 17 § 1 cit.; denn dort lässt derselbe Ulpian bei Hingabe einer res aestimata zum Verkauf die Gefahrverteiluug von der Initiative abhängen. Es wird sich u. E. nie eine der vielen aufgestellten Ansichten über das Verhältnis von l. 1 cit. zu l. 17 § 1 cit. (letztere wurde früher allgemein als die genauere angesehen) als richtig mit Sicherheit erweisen lassen. Aber zu beachten ist, dass l. 17 § 1 cit. von adferre pretium[26]), nicht von adferre aestimationem spricht, dass ihr also

[26]) Ebenso Paulus, Sent. rec. II 4 § 4!

möglicherweise ein ganz anderer Thatbestand als der l. 1 cit. zu Grunde liegt: Hingabe zum Verkauf unter Ansetzung eines Mindestpreises mit der Bestimmung, dass der Empfänger den ganzen Erlös abzuliefern hat. Dies kann natürlich der Gefahrfrage ein ganz anderes Aussehen verleihen. Wenn man aber fragen möchte: was kann der Empfänger für einen Grund haben, das Geschäft anzuregen, wenn er den ganzen Erlös abliefern muss, so ist zu sagen, dass Ulpian den Teil des Thatbestands, der hierauf Antwort gäbe, möglicherweise als für die Gefahrfrage unwesentlich weggelassen haben könnte. — Jedenfalls erscheint es gewagt, die ganz bestimmt lautende l. 1 cit. mit Hilfe der l. 17 § 1 cit. durchkorrigieren zu wollen.

5. l. 6 § 5, § 7, § 11 C. de secundis nuptiis 5, 9 Jmpp. Leo et Anthemius[27]).

Dieser wenig beachtete Teil der sogenannten lex Hac edictali, die von den Nachteilen der Wiederverheiratung einer Frau handelt und ihr nur den Niessbrauch am Ehegewinn zuspricht, mag hier angeführt werden, obgleich es sich um gesetzlichen Niessbrauch handelt und die aestimatio nicht notwendig den Charakter einer vertragsmässigen hat. Der Frau wird das Nutzungs- und Dispositionsrecht an den Mobilien zugestanden; nach Beendigung des Niessbrauchs aber sollen die rückforderungsberechtigten Kinder die noch im Vermögen der Niessbraucherin sich vorfindenden Gegenstände vindizieren dürfen. § 11 bezieht sich nicht nur auf den Fall des § 10 l. cit. Die Frau ist also nicht Eigentümerin (sofern man nicht einen Eigentumsrückfall annehmen will). Ueber die Gefahrtragung ist gar nichts gesagt; da die Frau aber für Erstattung der Gegenstände oder der Aestimationssumme Sicherheit bestellen muss, so wird sie als die Trägerin der Gefahr anzusehen sein. Aus diesen Stücken setzt sich folgendes

[27]) Vgl. Kohler, Dispositionsniessbrauch a. a. O.; Cuiacius ad Nov. II und in tit. IX Sec. Nupt. h. l., Elvers, Servitutenlehre, der nur Werterstattungspflicht, also Quasiususfructus annimmt.

Gesamtbild zusammen: l. 6 § 5—11 cit. statuiert nicht einen Quasiususfructus, sondern giebt uns ein Beispiel von Dispositionsniessbrauch mit aestimatio im römischen Recht.

3. Die aestimatio der Novelle 64.

In Novelle 64 ist von der Verpachtung von Gartenland die Rede, mit der eine aestimatio verbunden wird, damit bei der Rückgabe des — im Eigentum des Verpächters bleibenden — fundus den an seinem Kulturzustand vom Pächter vorgenommenen Veränderungen Rechnung getragen werden kann. Die hiebei denkbaren unlauteren Machenschaften, gegen die sich Justinian wendet, interessieren uns hier nicht. Wir fragen nur: welche Funktionen erfüllt hier die aestimatio? Der Sinn der aestimatio ist der (oder kann der sein), der Pächter solle über das, wenn man so sagen darf, Inventar des fundus an Pflanzungen frei verfügen, auch am Grund und Boden Ameliorationen (Düngen, Drainieren etc.) vornehmen dürfen und er solle am Schluss der Pachtzeit nach der Taxe für aus dem fundus Weggenommenes Geldersatz leisten, für Neugepflanztes und für Bodenverbesserungen seinerseits Geldersatz erhalten. Hier findet sich beurkundende, surrogierende und substituierende aestimatio vereinigt: für den Fall z. B., dass die Oelpflanzung bei der Rückgabe aus ebenso vielen Oelbäumen von gleichem Wert wie bei der Hingabe, aber nicht aus denselben einzelnen Bäumen besteht, hat die aestimatio lediglich beurkundende Bedeutung. Sind Bäume durch die Schuld des Pächters oder durch Sturm, Blitz und dergl. zu Grund gegangen, so verpflichtet der Aestimationsvertrag den Pächter, als Ersatz die Aestimationssumme zu bezahlen: insofern ist die aestimatio surrogierende aestimatio. Hat der Pächter die auf dem Grundstück stehenden Bäume einer gewissen Sorte, ohne sie durch gleichartige zu ersetzen, herausgenommen und verkauft, so hat er dem Aestimationsvertrag gemäss statt

der Bäume als Aequivalent deren Wert in Geld zu erstatten: substituierende aestimatio. (Schwierigkeiten bereitet vielleicht die Konstruktion der Verpflichtung des Verpächters, für Neugepflanztes u. s. w. Geldersatz zu leisten, da der Auffassung als Kauf der ipso-jure-Uebergang des Eigentums durch implantatio im Weg stehen könnte; allein diese Frage ist hier nicht zu erörtern, da diese Geldobligation nicht durch die erste, sondern durch die bei der Rückgabe erfolgende zweite aestimatio bestimmt wird.)

§ 7.

Die Klage aus ästimatorischen Verträgen. Anfechtung der aestimatio.

I. Ueber die Klagen, die bei den verschiedenen ästimatorischen Nebenverträgen dem Hingebenden zur Erzwingung der Rückleistung zustehen[1]), soll hier im Zusammenhang gehandelt werden.

1. Mit welcher Klage die lediglich beurkundende aestimatio verwirklicht werden kann, ist aus den römischen Rechtsquellen nicht zu entnehmen, da sie kein Beispiel lediglich beurkundender aestimatio enthalten; ist diese aber ein wahrer, im Rahmen der Rückgabeverträge sich haltender Nebenvertrag, so muss ihr Vollzug mit der betreffenden Vertragsklage begehrt werden können.

2. Dass im Fall surrogierender aestimatio auf die möglich gebliebene Naturalrestitution, von der rei vindicatio abgesehen, mit der Rückgabevertragsklage zu klagen sei, wird wohl niemand bestreiten.

3. Meinungsverschiedenheit herrscht aber darüber, welche Klage der Rückforderungsberechtigte anzustrengen

[1]) Vgl. Chambon a. a. O. S. 33 ff., Brinz, Kritische Blätter, S. 42 ff., Ihering in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 15 S. 388 ff., Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877, § 39.

habe, wenn er die Leistung der Aestimationssumme anzusprechen hat[2]) oder wenn er gegen den wahlberechtigten Schuldner alternativ zu klagen genötigt ist. Ihering hat (in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. XV S. 389) die allgemeine Behauptung aufgestellt, „bei einem Vertrag auf Rückgabe sei nicht die Kontraktsklage auf Leistung der aestimatio zu gewähren". Er hält (wie Chambon, a. a. O. S. 31) die actio aestimatoria praescriptis verbis für bestimmt, diese Lücke auszufüllen, indem er die l. 1 D. de aest. 19, 3, ebenso wie vor ihm Brinz (a. a. O. S. 42/43) dahin emendiert: quotiens de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aestimationem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem. Für seine Emendation führt Ihering an, dass der mit quotiens beginnende Satz jedenfalls korrupt sei, da sicherlich nicht in allen Fällen von möglichen Konstruktionszweifeln eine actio praescriptis verbis aestimatoria gegeben werden könne (das wird niemand bestreiten). Die von anderer Seite vorgeschlagene Streichung des Worts aestimatoriam erklären Ihering und Brinz für unmöglich, denn — so ist etwa ihr Gedankengang — wenn feststehe, dass auf Grund eines Vertrags eine actio zu erteilen sei, so könne über den Namen des Vertrags kein Zweifel mehr herrschen, da der Name der actio und der Name des Vertrags in notwendigem Zusammenhang stehen. Ein positiver Beweis dafür, dass das Corpus Juris in irgend einer andern Stelle als l. 1 D. cit. die actio praescriptis verbis aestimatoria für zuständig zur Verwirklichung eines ästimatorischen Rückgabevertrags erkläre, ist nicht erbracht worden. — Die Iheringsche Theorie hat entschiedenen Widerspruch gefunden bei Bechmann (Kauf II S. 250) und — ausführlicher — bei Karlowa („Rechtsgeschäft" S. 250 ff.). Und mit Recht. Selbst abgesehen von jeder Textverbesserung enthält der Satz quo-

[2]) Weil die Sachrückgabe unmöglich geworden ist, weil die Aestimationssumme als einziges Restitutionsobjekt festgesetzt worden ist oder weil er als Wahlberechtigter sich hiefür entschieden hat.

tiens etc. nicht notwendig die von Ihering aus ihm herausgelesene Absurdität; man braucht nur die Worte quotiens de nomine contractus alicuius ambigeretur statt ganz allgemein etwas enger dahin aufzufassen: „so oft die konstruktorische Subsumtion irgend eines Vertrages über vendendum dare zweifelhaft ist“. Ist aber der Text der l. 1 cit. — wie allgemein angenommen zu werden scheint — korrupt, so wird doch die Streichung des Wortes aestimatoriam als nächstliegende und völlig ausreichende Abänderung anzusehen sein. Die Polemik von Ihering und Brinz gegen diese Streichung erscheint unbegründet, beide kleben zu sehr am Wortlaut; die Worte quotiens bis praescriptis verbis actionem mögen sich nach Streichung von aestimatoriam noch etwas ungeschickt ausnehmen, aber ein vernünftiger Sinn lässt sich ohne Schwierigkeit aus ihnen herauslesen. Weniger missverständlich gefasst würde Ulpians Bemerkung so lauten: nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est, in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt. So zu lesen in ll. 2 u. 3 D. praescr. verb. 19, 5. Eine nähere sprachliche und juristische Analyse der l. 1 cit. und der Worte praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur in § 28 Inst. de act. 4, 6 — die aber hier zu weit führen würde — beweist u. E., dass die actio de aestimato oder wie sie zu nennen sein mag, die uns die l. 1 cit. überliefert, einzig für den Thatbestand bestimmt war: si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes (l. 13 D. praescr. verb. 19, 5). Es muss hier genügen, festzustellen, dass aus l. 1 cit. selbst heraus die Notwendigkeit der Ihering-Brinzschen Emendation nicht erweisbar ist; andere unterstützende Stellen sind aber schlechterdings nicht vorhanden; nur l. 17 § 1 D. praescr. verb. 19, 5 u. l. 8 eod. tit. sprechen gleichfalls von actio praescriptis verbis (aber nicht von actio aestimatoria!); dagegen mangelt es nicht an solchen Stellen, die bei ästi-

matorischen Verträgen geradezu die Klage aus dem betreffenden Rückgabevertrag für zuständig erklären. Selbst abgesehen davon, dass l. 5 § 3 D. comm. 13, 6 die Antwort enthält auf die Frage: nunc videndum est quid veniat in commodati actione (l. 5 § 2 eod.), dass l. 52 § 3 D. pro soc. 17, 2 eine Ausführung des Satzes ist: venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides — abgesehen hievon haben wir ein ganz bestimmt lautendes Zeugnis in l. 52 § 3 D. pro soc. 17, 2: pro socio erit actio si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata. Und in vier Stellen wird ausdrücklich als Klage auf Rückerstattung der dos aestimata die actio dotis genannt: vergl. l. 16 D. de jur. dot. 23, 3; l. 52 eod. tit.; l. 29 pr. D. de pact. dot. 23, 4; l. 1 C. sol. matr. 5, 18[3]). Danach erscheint der allgemeine Satz begründet: bei surrogierender und bei substituierender aestimatio ist der Anspruch auf die Aestimationssumme weder mit actio aestimatoria, noch mit actio venditi[4]), sondern mit der betreffenden Rückgabevertragsklage zu verfolgen. Dagegen lassen uns die Quellen — bei der oben dargelegten Nichtverwertbarkeit der l. 8 D. praescr. verb. 19, 5 — bezüglich der gemischten Aestimationsverträge, insbesondere bezüglich der Alternativobligationen auf Sach- oder Geldleistung völlig im Stich. Für das heutige Recht (in dem aber der Name der Klage unerheblich ist) hätten wir kein Bedenken, bei alternativ bestimmtem Rechtsgeschäft nach Entscheidung des Wahlberechtigten für die Leistung der Aestimationssumme die Zuständigkeit der Kaufklage zu bejahen.

[3]) fr. 14 de jur. dot. giebt der „actio“ keinen Namen. — Zweifelhaft ist die Auslegung der Worte ex empto actionem esse in l. 10 C. de jur. dot. 5,12; entweder steht empto statt vendito, oder aber ist der Sinn des Reskripts der: du hast die Dos ästimiert erhalten, die Gefahr übernommen, dir den Zuwachs ausbedungen, dennoch liegt gewöhnliche substituierende aestimatio vor, also hast du (etwa zwecks Eviktionsregresses) die actio empti.

[4]) So Chambon bei surrogierender aestimatio mit Gefahrübernahme.

II. Da die Anfechtung der aestimatio meist im Prozess über den Rückgabevertrag in der Form der Einrede oder der Replik (wenn der Rückfordernde anficht) auftreten wird[5]), so ist vielleicht hier der Ort, über sie einige Worte einzuschalten. Dabei ist natürlich nur an die Fälle gedacht, wo nicht das ganze Geschäft, sondern der ästimatorische Nebenvertrag allein angefochten wird; auch erscheint es überflüssig, auf Anfechtungsgründe allgemeiner Art (dolus, metus, error) einzugehen. Als besonderer Anfechtungsgrund wäre bei den Aestimationsverträgen denkbar die Nichtübereinstimmung von Schätzungssumme und objektivem Wert. Wo freilich die Aestimationssumme Aequivalentsnatur hat, wird der Veräussernde sagen: billiger hätte ich die Sache nicht hergegeben, der Erwerbende: teurer hätte ich sie nicht gekauft. Bei surrogierender aestimatio dagegen könnte man versucht sein, als Grundsatz aufzustellen: der Hingebende darf nicht mehr fordern, als sein Schaden beträgt; allein das widerspräche, soweit Verschulden in Betracht kommt, der römisch-rechtlich unbegrenzten Zulässigkeit der Konventionalstrafe und, wo die Leistung der Aestimationssumme Verwirklichung der Gefahrübernahme ist, da würde sich der Rückforderungsberechtigte darauf berufen, dass er auf die Aussicht hin, nur gerade seinen Schaden ersetzt zu bekommen, die Sache nicht aus der Hand gegeben hätte, während der andere geltend machen würde, er hätte die Gefahr nicht in noch weiterem Umfang übernommen. Dem entspricht das römische Recht: danach braucht im allgemeinen die Aestimationssumme nicht mit dem objektiven Sachwert übereinzustimmen. Dies folgt daraus, dass bei besonderen Verhältnissen das Gegenteil als Ausnahme hervorgehoben wird; eine solche Ausnahme gilt für das Verhältnis von Ehegatten untereinander, insbesondere für das Dotalrecht. Hier ist Grundsatz, dass jedes Rechtsgeschäft ungültig ist,

[5]) Vgl. Bechmann, Kauf II S. 561.

durch das ein Gatte auf Kosten des andern bereichert würde: absichtliche Schädigung seiner selbst, also Schenkung, ist geradezu nichtig, absichtliche Schädigung des andern Teils verpflichtet zur Interesseleistung, die rein objektive Eigenschaft eines Geschäfts, den einen Gatten zu schädigen, begründet Anfechtbarkeit. Die Wege, die zur Herbeiführung eines gerechten Ergebnisses eingeschlagen werden, sind gleichfalls dotalrechtliche Besonderheiten und deshalb hier von keinem weiteren Interesse; das Wichtigste davon ist enthalten in l. 12 § 1 D. de jure dot. 23, 3; l. 7 § 5 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1; l. 6 C. sol. matr. 5, 18.

Von derartigen Ausnahmen abgesehen, kann die Aestimationssumme wegen objektiver Unrichtigkeit nach römischem Recht nur, soweit die Rüge der laesio enormis statthaft ist[6]), nach heutigem Recht ferner, soweit der Thatbestand des Wuchers vorliegt, angefochten werden.

§ 8.

Aufstellung von Auslegungsregeln für Ästimationsverträge mit zweifelhaftem Parteiwillen. Ergebnisse.

I. Unsere seitherigen Untersuchungen haben das Ergebnis geliefert, dass das römische Recht keine zwingenden Rechtssätze über ästimatorische Rückgabeverträge (abgesehen von der aestimatio dotis) enthält, dass diese vielmehr diejenigen Rechtsfolgen haben, die die Parteien wollen. Insbesondere hat sich gezeigt, dass der einzige in Form einer allgemeinen Rechtsregel von den Quellenstellen über aestimatio ausgesprochene Satz: aestimatio facit periculum bei den aestimatorischen Rückgabeverträgen mit klar ausgedrücktem Parteiwillen entweder gar nicht gilt oder etwas Selbstverständliches ausspricht. Wenn also das Corpus

[6]) Vgl. Ihering in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 3 S. 488.

Juris Rechtssätze über aestimatio enthält, die durch unsere seitherigen Erörterungen nicht festgestellt worden sind, so werden sie vermutlich den Charakter von Auslegungsregeln oder von subsidiären Rechtssätzen haben, und so liegt es auch nahe, die Bedeutung des Satzes aestimatio facit periculum auf dem Gebiet der Aestimationsverträge zu suchen, bei denen zwar feststeht, dass der Vertragsgegenstand anlässlich der Hingabe angeschlagen worden ist, bei denen aber der Sinn der Veranschlagung nicht oder nicht vollständig feststeht. Wir werden sie kurz: dunkle Aestimationsverträge nennen. Bei der Untersuchung, ob ein Teil unserer Quellenstellen über aestimatio etwa dunkle Aestimationsverträge voraussetzt, kommen nicht in Betracht die Stellen, die von aestimatio dotis handeln, da bei dos aestimata ohne weiteren Zusatz immer an einen bestimmten Aestimationsvertrag gedacht ist (s. o.), eine Abweichung von diesem aber stets ausdrücklich hervorgehoben wird, ferner die l. 8 C. si cert. pet. 4, 2 und die Stellen über Niessbrauch, wo zweifellos klare Aestimationsverträge zu Grunde liegen, endlich auch l. 7 § 5 und l. 52 pr. D. de donat. i. v. e. u. 24, 1, l. 8 D. praescr. verb. 19,5 und l. 13 D. de quaest. 48, 18, da hier zwar von Aestimationsverträgen die Rede ist, deren Sinn wir nicht mehr im einzelnen feststellen können, ein Anhalt dafür aber nicht vorliegt, dass der römische Jurist gänzliche oder partielle Dunkelheit des Vertrags vorausgesetzt habe. Wir haben es nur zu thun mit l. 5 § 3 D. comm. 13, 6; l. 52 § 3 D. pro soc. 17, 2; ll. 3 und 54 § 2 D. loc. 19, 2; l. 1 D. de aest. 19, 3 und l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19, 5. Bei genauerer Prüfung ergiebt sich, dass in der That alle diese Stellen die Auslegung dunkler Aestimationsverträge zum Gegenstand haben:

1. l. 5 § 3 D. comm. 13, 6: Ulpian will hier durch ein Beispiel belegen, dass auch Tragung von omne periculum seitens des Commodatars vorkommt; wollte man annehmen, er denke bei der aestimatio an ausdrückliche Gefahrüber-

nahme, so liesse man ihn den banalen Satz aussprechen: der Commodatar trägt omne periculum, wenn er es ausdrücklich übernimmt. Dies ist undenkbar; vielmehr muss der Sinn der Stelle der sein: wenn eine Sache bei der Ausleihung ästimiert worden ist, so ist diese aestimatio im Zweifelsfall als Gefahrübernahme aufzufassen.

2. l. 52 § 3 D. pro soc. 17, 2: dass diese Entscheidung des Ulpian über den Einfluss der aestimatio auf die Haftung des Empfängers Ergebnis der Auslegung eines in diesem Punkt dunkeln Aestimationsvertrags ist, bedarf keiner Ausführung (s. übrigens oben § 4 S. 47).

3. In l. 3 D. loc. 19, 2 beweisen die Worte id agi zwingend, dass Proculus gefragt worden ist, was als von den Parteien gewollt anzusehen sei, wenn die aestimatio inventarii, aber nicht deren Sinn feststehe. Worauf sich der Zweifel bezogen hat, auf die Gefahrtragung oder auf das Eigentum oder auf beides, das kann, wie oben (S. 30) dargethan, aus der Stelle nicht herausgelesen werden. Mit grosser Wahrscheinlichkeit will aber die Beiziehung der Kaufvorstellung seitens des Pomponius und des Proculus besagen, dass aus der aestimatio auf den Willen der Gefahr- und der Eigentumsübertragung zu schliessen sei.

4. Für die l. 54 § 2 eod. tit. gilt einmal das über l. 5 § 3 D. comm. 13, 6 Gesagte: dass die Pächterin die Gefahr eines unter ausdrücklicher Gefahrübernahme geschätzten Sklaven trägt, versteht sich von selbst; ferner ist zu beachten, dass die ganze l. 54 cit. sich mit Auslegung von unklaren Verträgen befasst.

5. l. 1 D. de aest. 19, 3: dass auch in dieser Stelle allem nach die rechtliche Folgerung aus der aestimatio als Vertragsauslegung aufzufassen ist, haben wir oben (§ 6) nachgewiesen. Wir finden — ohne aber einen Beweis liefern zu können — in den Worten aestimatio facit periculum den Ausspruch: wenn der Wortlaut des vendendum dare darüber Zweifel lässt, ob die aestimatio dem Empfänger nur

eine facultas alternativa gewähren oder ihn alternativ verpflichten sollte, so ist letzteres zu vermuten.

6. Auch in l. 17 § 1 D. praescr. verb. 19, 5 ist offensichtlich vorausgesetzt, dass über die Gefahrverteilung nichts Ausdrückliches vereinbart worden, der Aestimationsvertrag also insofern dunkel ist. Wir haben aber schon früher hervorgehoben, dass aus l. 17 § 1 cit. wegen des Wortes pretium kein sicherer Schluss gezogen, daher auch kein Widerspruch mit l. 1 D. de aest. 19, 3 erwiesen werden kann.

Die eben besprochenen Stellen — das ist u. E. erwiesen — handeln von dunkeln Aestimationsverträgen. Der Zweifelspunkt ist in l. 3 locati vielleicht das Eigentum, in allen andern Stellen aber der Grad der Haftung des Empfängers. Und in dieser Beziehung ist das Gesamtergebnis aus allen 6 Stellen das: im römischen Recht besteht als Auslegungsregel für Rückgabeverträge der Satz aestimatio facit periculum in dem Sinn, dass im Zweifelsfall aus der aestimatio auf den Gefahrübernahmewillen des Empfängers geschlossen wird.

Ueber den inneren Grund dieser Auslegungsregel aber kann man u. E. nur Vermutungen hegen; am wahrscheinlichsten ist, dass wir es, um mit Brinz zu sprechen, zu thun haben mit einem Schluss aus dem, was vordem in ähnlichen Fällen gesprochen und gehandelt zu werden pflegte, d. h. dass die römischen Juristen in dunkeln ästimatorischen Verträgen eine stillschweigende Gefahrübernahme deshalb fanden, weil die klaren ästimatorischen Verträge, die im römischen Rechtsverkehr vorkamen, immer oder fast immer die Gefahrübernahme durch den Empfänger enthielten.

Weitere Auslegungsregeln, etwa darüber, ob aus dem Vorliegen einer aestimatio auf eine erweiterte Verfügungsberechtigung des Empfängers, auf eine alternative Restitutionsverpflichtung oder -berechtigung oder ähnliches zu schliessen sei, lassen sich aus den eben besprochenen Quellenstellen offenbar nicht ableiten.

II. Nach alledem lässt sich das Ergebnis unserer gesamten Untersuchungen in wenige Sätze überwiegend negativen Inhalts zusammenfassen. Es hat sich gezeigt, dass wenn da und dort in unserer Rechtslitteratur eine ganze Reihe von Rechtsfolgen der aestimatio in Form einer Darstellung positivrechtlicher Sätze vorgetragen wird, das Corpus Juris hiefür keine Stütze bietet. Was speziell die Gefahrtragung anlangt, so hat sich folgendes ergeben: 1. ein zwingender, auch trotz gegenteiliger Vertragsbestimmung wirksamer Rechtssatz aestimatio facit periculum besteht nicht; 2. bei der lediglich beurkundenden aestimatio und bei der surrogierenden aestimatio ohne Gefahrübernahme geht mit der aestimatio kein Gefahrübergang Hand in Hand; 3. bei der surrogierenden aestimatio mit Gefahrübernahme hat die Gefahrübernahme die aestimatio im Gefolge, nicht die aestimatio den Gefahrübergang; 4. bei der substituierenden aestimatio ist der Satz aestimatio facit periculum richtig, aber selbstverständlich. — Das römische Recht behandelt die aestimatorischen Rückgabeverträge (ausser der aestimatio dotis) nur als Gegenstand der Auslegung[1]), und auch auf diesem Gebiet hat es nur einen einzigen Rechtssatz hervorgebracht, den Satz, dass aus Veranschlagung des Vertragsgegenstands im Zweifel auf Gefahrübernahme durch den Empfänger zu schliessen sei.

[1]) Ebenso ist die Aufgabe des Gesetzgebers den ästimatorischen Nebenverträgen gegenüber aufgefasst in den modernen Civilrechtscodifikationen: Vgl. Preuss. Allg. LdR. I, 11 § 511—526, I, 21 §§ 474—476, II, 1 § 398 und §§ 559—566; Code civil art. 1522/3, 1821—1826; Sächs. BGB. art. 1209; Deutsches BGB. §§ 587—589.